



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2010

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band VI

Edited by: Hafner, Felix ; Kley, Andreas ; Monnier, Victor

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-203056>

Edited Scientific Work

Published Version

Originally published at:

Commentationes Historiae Iuris Helveticae, Band VI. Edited by: Hafner, Felix; Kley, Andreas; Monnier, Victor (2010). Bern: Stämpfli.

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

VI



Stämpfli Verlag AG Bern

Prof. Dr. Felix Hafner
Prof. Dr. Andreas Kley
Prof. Dr. Victor Monnier

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

COMMENTATIONES HISTORIAE IVRIS HELVETICAE

curantibus

Felix Hafner

Andreas Kley

Victor Monnier



In ædibus STÆMPFLI
BERNÆ
Anno MMX

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2010

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-8766-4



Mix
Produktgruppe aus verbindlicher
Waldwirtschaft und anderen
kontrollierten Herkünften

Cert no. 505-COC-023903
www.fsc.org
© 1996 Forest Stewardship Council

Præfatio editorum

Les *COMMENTATIONES HISTORIAE IURIS HELVETICAE* (CHIH) font désormais partie intégrante des publications régulières en histoire du droit. Depuis 2006, déjà six cahiers sont parus, regroupant une trentaine de contributions et une dizaine de recensions. Cette dernière livraison, de par sa diversité, cherche à poursuivre la ligne éditoriale adoptée jusqu'à présent.

Wir hoffen, dass die Beiträge für die Leser eine Bereicherung darstellen und zu weiterführenden rechtshistorischen Reflexionen anregen.

Un ringraziamento particolare è diretto agli autori che con il loro contributo e la loro professionalità hanno permesso la realizzazione di quest'opera assicurandone il carattere scientifico che la contraddistingue. Siamo lusingati della fiducia riposta in noi. Gli editori vorrebbero inoltre ringraziare la casa editrice Stämpfli, in particolar modo Sandra Hadorn (Master in diritto), il cui efficace e prezioso aiuto contribuisce in modo decisivo alla pubblicazione regolare di *COMMENTATIONES*, e Natacha Chevalier e Lara Broi, del dipartimento ginevrino di storia del diritto e delle dottrine giuridiche e politiche, per il minuzioso lavoro di impaginazione.

Felix Hafner Andreas Kley Victor Monnier

Tabula

Præfatio editorum	V
Commentationes	
Pio Caroni.....	1
<i>Consuetudo: eine Einleitung</i>	
Theodor Bühler.....	13
<i>Die alte Eidgenossenschaft als Gegenstand der Föderalismusdebatte im 18. Jahrhundert</i>	
Christian Rathgeb.....	27
<i>Heinrich Zschokke (1771–1848). Sein Einfluss auf das bündnerische Verfassungsrecht</i>	
Luc Gonin.....	43
<i>De l'influence de la nation dans l'émergence de l'Etat moderne français (1789–1945)</i>	
Stiliano Ordolli.....	69
<i>Un «absolutisme constitutionnel» : les constitutions albanaises de 1925 et 1928</i>	
Recensio libri selecti	
Thomas Berns.....	89
<i>Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique</i>	

COMMENTATIONES

*Pio Caroni **

CONSUETUDO : EINE EINLEITUNG

Vorbemerkung 2010

In den letzten Jahren meines Wirkens an der Berner Juristischen Fakultät (1971–2003) war es mir wiederholt vergönnt, sogenannte Fortgeschrittenen-Seminare mit einer grösseren Gruppe interessierter und mitwirkungswilliger Studierenden durchzuführen. Das Thema, um das es gehen sollte, wurde oft erst nach langem Zögern, Abwägen und mit Rücksicht auf verschiedene Umstände festgelegt: etwa auf die Nähe und leichte Zugänglichkeit der massgebenden Quellen (so beim Seminar über Eugen Huber und seinem Werk, 1992), auf eine gerade waltende, gar internationale Debatte (wie 2000/2001, als über „Juristischen Absolutismus und Privatrecht“ nachgedacht wurde), oder schliesslich auf die auch methodische Tragweite einer bestimmten Grundfrage der rechtshistorischen Disziplin, wie in der allerletzten derartigen Veranstaltung 2002/2003, als „Rezeption(en) in der Rechtsgeschichte“ im Zentrum der Aufmerksamkeit standen.

Das Ganze lebte von unseren eigenen Beiträgen: jeder Teilnehmer hatte sich mit einem Teilaspekt der Hauptfrage auseinanderzusetzen, vor den übrigen darüber zu berichten und allfällige Fragen zu beantworten. Dazu kamen noch eine eigene *Einleitung*, die eine vororientierende Übersicht vermitteln sollte und gegebenenfalls Beiträge ausländischer Forscher, die auf Grund ihrer fachlichen Kompetenz von uns zur Stellungnahme eingeladen worden waren.

Gelang die Übung zur Zufriedenheit aller, so wurden die Akten, d.h. die schriftliche Fassung der eingegangenen Beiträge, vervielfältigt und verteilt, damit einer beschränkten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Die letzte derartige ‚Publikation‘ stammt aus dem Wintersemester 1998/1999 und galt dem „Gewohnheitsrecht und seiner Vergangenheit“. Sie enthielt zwanzig Beiträge zu einem Thema, dem zwar heutiges Rechtsverständnis bloss ein peripheres Dasein gönnt, das aber im vorkodifikatorischen Zeitalter eine ganz andere,

* Emeritierter Ordinarius für Rechtsgeschichte und Privatrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

nämlich zentrale Valenz beanspruchte. Schon dieser erste einfache, gewiss auch oberflächliche Befund, der jedem Teilnehmer von vornherein einleuchtete, liess den gewählten Problembereich attraktiv erscheinen.

Zur Erinnerung an jene Veranstaltung, der u.a. auch die vielbeachtete Berner Habilitationsschrift von Roy Garré (*Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien [16.–18. Jahrhundert]*. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Band 183, Frankfurt a.M. 2005) und die ausgezeichnete Lizentiatsarbeit von Daniel Knoll (*Die Lehre des Gewohnheitsrechts im Werk von Eugen Huber, insbesondere auch die Umsetzung dieser Lehre in der Entstehungsgeschichte des Schweizerischen ZGB*) entsprangen, wird hier der unveränderte Text meiner – wie mir scheint noch immer brauchbaren – *Einleitung* abgedruckt.

Zwischen Kontinuität und Geschichtlichkeit

Warum gerade das Gewohnheitsrecht – nach einigem Hin und Her – schliesslich zum Thema eines Fortgeschrittenenseminars werden konnte, lässt sich nachträglich nicht mehr punktgenau ergründen. Und zwar nicht so sehr wegen Verlusts der *memoria* oder von Belegen, sondern wegen der Widersprüchlichkeit der Erfahrungen, die traditionell beim Umgang mit dem Gewohnheitsrecht gesammelt werden können. Einerseits vermitteln nämlich diese Erfahrungen den Eindruck der Konstanz, ja einer Kontinuität: denn dem Gewohnheitsrecht begegnet man ja praktisch immer, wenn man in der Vergangenheit unterwegs ist. Seine Präsenz ist unübersehbar, mag man sich mit antiker, moderner oder zeitgenössischer Rechtsgeschichte befassen. Aber andererseits ist mindestens der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, bei diesen periodischen Begegnungen handle es sich nie um völlig vergleichbare, geschweige denn identische Erscheinungen: Weil nämlich die immer wieder auftauchende Ente – in Anlehnung an die Metapher Goethes auf das römische Recht¹ – in der Tat nicht immer die gleiche war, vielleicht sogar nicht einmal

¹ Johann Peter ECKERMANN, *Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens*, 2. Teil (1828–1832), Aufzeichnung vom 6. April 1829 (Artemis Ausgabe, Zürich 1948, S. 343–344): „Ich wartete auf den Abdruck des Siegels; Goethe fing an über Guizot zu reden. 'Ich gehe in seinen Vorlesungen fort', sagte er, 'und sie halten sich trefflich. Die diesjährigen gehen etwa bis ins achte Jahrhundert. Er besitzt einen Tiefblick und Durchblick, wie er mir bei keinem Geschichtsschreiber grösser vorgekommen. Dinge, woran man nicht denkt, erhalten in seinen Augen die grösste Wichtigkeit als Quellen bedeutender Ereignisse. Welchen Einfluss zum Beispiel das Vorwalten gewisser religiöser Meinungen auf die Geschichte gehabt, wie die Lehre von

immer eine Ente, sondern auch mal eine Wildgans, später ein Pelikan, am Schluss sogar ein Wasserbüffel.

Daraus hat sich stets auch Ratlosigkeit ergeben, so etwas wie ein Unbehagen im Umgang mit diesem Begriff, dem man oft instinktiv durch Ausblendung oder Disqualifizierung auszuweichen versucht ist. Im Gegensatz dazu haben wir beschlossen, einen anderen Weg zu gehen und den Widerspruch zwischen Kontinuität und Geschichtlichkeit ohne Gegenwehr in Kauf zu nehmen und in der Absicht zu hinterfragen, die jeweils tatsächliche Bedeutung der gewohnheitsrechtlichen Überlieferung aufzuspüren.

Dass dies nicht immer (bzw. nicht immer leicht) gelingen wird, ergibt sich bereits aus den bisherigen Ausführungen. Einige einführende, im übrigen aber anspruchslose Überlegungen zur Geschichte des Gewohnheitsrechtsbegriffes versuchen deshalb, jene präliminäre Orientierung zu bieten, die es uns – oft nur als Warnung – ermöglichen soll, unterwegs anzutreffende Schwierigkeiten wenn möglich zu überwinden.

Eine bloss negative Definition und die Folgen

Beginnen wir mit der Hervorhebung der an sich unumstrittenen Tatsache, nach der Gewohnheitsrecht stets Recht bezeichnet hat, das im Gegensatz zur Gesetzgebung *nicht gesetzt* wurde, sondern *auf andere Weise* entstand, daher auch stets einen anderen Geltungsgrund hatte. Zwar bildete es nie die einzige Quelle ungesetzten Rechts, aber dessen wichtigstes Element und bekanntestes Beispiel dürfte es lange verkörpert haben. Freilich übersehe ich nicht, dass damit Gewohnheitsrecht hier *nur negativ definiert wird*. Offensichtlich scheint ein Konsens zu seiner Definition eher so, nämlich durch Hervorhebung der Kontrastwirkung, möglich zu sein. Das ist meines Erachtens die Folge der Tatsache, dass wir heute alle einem Rechtsquellensystem huldigen, das ein absolutes Primat der Gesetzgebung anerkennt. Das Gesetz ist zur einzigen Masseinheit geworden. All das, was damit nicht gemessen werden

der Erbsünde, von der Gnade, von guten Werken gewissen Epochen eine solche und eine andere Gestalt gegeben, sehen wir deutlich hergeleitet und nachgewiesen. Auch das römische Recht, als ein fortlebendes, das, gleich einer untertauchenden Ente, sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht und immer einmal wieder lebendig hervortritt, sehen wir sehr gut behandelt, bei welcher Gelegenheit denn auch unserm trefflichen Savigny volle Anerkennung zuteil wird.“ Die (zeitlich) letzte Variation zu dieser berühmten Metapher bietet Sandro Angelo FUSCO, *Continuità e discontinuità nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto romano attuale* 1, 1999, S. 29–48, namentlich 31 („... ma non vorrei ... che nel frattempo l'anatra ce la fossimo mangiata!“).

kann, wird kaum positiv erkannt, sondern höchstens nur noch negativ – als Abweichung – toleriert. Dem entspricht die ebenso negative Umschreibung: *consuetudo ist vor allem das nicht, was sie nicht sein darf*. Darauf werden wir zurückkommen müssen.

Vor diesem Hintergrund liesse sich eine erste Vermutung aufstellen: Gewohnheitsrecht und Gesetz waren jene Rechtsquellen, die unterschiedliche Rechtsquellensysteme geprägt und damit eine unvoreingenommene (bzw. eigenständige) Umschreibung sekundärer Rechtsquellen praktisch verunmöglicht haben. Eine Definition der Gesetzgebung vor dem Hintergrund des Primates des Gewohnheitsrechts erschiene dann ebenso gewagt wie jene des Gewohnheitsrechts als Randerscheinung des Kodifikationsprinzips. In beiden Fällen genügt daher eine negative Umschreibung, weil in beiden Fällen Präsenz und Geltung der sekundären Rechtsquelle für das Funktionieren des jeweiligen Rechtsquellensystems nicht unentbehrlich sind.

Was dabei aber leider oft übersehen wird, ist die Tatsache, dass Rechtsquellensysteme nur Ausdruck oder Reflex konkreter politischer und sozialer Strukturen gewesen und daher auch nur vor dem Hintergrund dieser Strukturen zu deuten sind². Darum erscheint es möglich, die *hohe* Zeit des Gewohnheitsrechts auf das Mittelalter und damit auf eine Periode zu beschränken, in der staatliche Strukturen im modernen Sinn noch weitgehend fehlten, so dass sich das Recht *zwangsläufig ausserstaatlich* bilden musste³. Ebenso legitim ist es, die Explosion der Gesetzgebung wie auch den dadurch bewirkten Übergang zum neuen Rechtsquellensystem der Kodifikation als Folge jener politischen Umwandlung zu deuten, die zwischen dem XVII. und dem XIX. Jahrhundert stattgefunden hat. Denn sowohl im absolutistischen wie im bürgerlichen Zeitalter meldeten sich Staaten zu Wort, die eine restlose Statualisierung des Rechts anstrebten und auch über die nötige Macht und damit das faktische Monopol verfügten, Recht (d.h. staatliche Gesetzgebung) aufzuzwingen.

² Dazu etwa Raoul C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European legal History*, Cambridge 1987, S. 67–69.

³ Zuletzt dazu Paolo GROSSI, *Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 25, 1996, S. 267–284 (und nun im Sammelband desselben Verfassers: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, S. 275–292). Eine deutschsprachige Übersetzung dieses Beitrages in: R. MORSEY- H. QUARITSCH- H. SIEDENTOPF (Hrsg.), *Staat, Politik, Verwaltung in Europa – Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin 1977, S. 19 ff.

Zum Beitrag der historischen Schule

Dass die wissenschaftliche Pflege des Gewohnheitsrechts zu den grossen *Aufgaben und Verdiensten der historischen Schule* gehört, ist allgemein bekannt. Bereits die Rechtsentstehungslehre des Historismus ging in diese Richtung, denn als Lehre einer ausserstaatlichen Entstehung des Rechts privilegierte sie zwangsläufig ungesetztes Recht. Darin stimmten die germanistische wie auch die romanistische Version des Volksgeistbegriffes völlig überein, denn weder jenes Recht, zu welchem sich die Ältesten im Dorfgericht bekannten, noch die mit der Rezeption üblich gewordene gelehrte Deutung recht disparater Rechtsquellen⁴ waren „gesetzt“ worden bzw. konnten auch nur annähernd auf bewusste staatliche Rechtserzeugung zurückgeführt werden.

Man wird daher dieses Interesse des Historismus für die Feststellung des Gewohnheitsrechts mühelos verstehen und belegen können. Dagegen wird man möglicherweise einwenden, dass diese Blüte recht spät stattgefunden hat, während mächtigen Konkurrenten (auch so können schliesslich Gesetze und Gesetzbücher bezeichnet werden) bereits der Durchbruch gelungen war. Wie lässt sich diese Diskrepanz erklären? Am ehesten durch die Bemerkung, dass es der Schule, bzw. deren Romanisten, keineswegs darum ging, dem Gewohnheitsrecht im sich sonst etablierenden System der Kodifikation eine zwar bescheidene, dafür aber geschützte Position zu verschaffen. Sie rangen bekanntlich nicht um kleinere, bloss transitorische Konzessionen. Ihr Auftreten war stattdessen, mindestens in Deutschland, restaurativer Art und zielte generell auf Leugnung des neuen und prinzipielle Bestätigung des bisherigen Rechtsquellensystems, wie die Überschrift der programmatischen Schrift von Savigny aus dem Jahre 1814 recht deutlich belegt. Mit dem methodischen Vorgehen der mittelalterlichen Juristen kann dieses späte Bekenntnis zum Vorrang der Rechtswissenschaft und zur Zentralität des Juristen, namentlich auch zu seiner Überlegenheit gegenüber dem politischen „Gesetzgeber“, allerdings kaum verglichen werden. Konnte nämlich die mittelalterliche Dominanz des Gewohnheitsrechts noch als *vorstaatliche* Erscheinung charakteri-

⁴ Bekanntlich haben die Romanisten der historischen Schule auch den Vorrang des gemeinen Rechts, bzw. die von diesem Recht geprägte (daher gelehrte) Erfassung übriger, mitunter lokaler Quellen, als Form des Gewohnheitsrechts betrachtet. Grundlegend in diesem Zusammenhang ist die Aussage von F.C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, S. 13–14: „Die Summe dieser Ansicht also ist, dass alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende, Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, d.h. dass es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“; gleicher Ansicht freilich J.C. BLUNTSCHLI in der Monatschronik der Zürcherischen Rechtspflege 6, 1835, S. 179–180.

siert werden, so galt das Programm der historischen Schule als frontaler Angriff auf die Rechtsquellenlehre des bürgerlichen Staates, die nun die Rechts-erzeugung den Politikern anvertraute. Es entsprang mit anderen Worten einer *antistaatlichen* Haltung, wie sie sich im XIX. Jahrhundert nur in Deutschland – auf Grund spezifischer Eigentümlichkeiten politischer, kultureller und wirtschaftlicher Art – entfalten konnte⁵.

Gewohnheitsrecht zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit

Zu den Fragen, denen auch der Historismus keine Aufmerksamkeit schenkte, gehört jene nach der schriftlichen Aufzeichnung eines bislang bloss mündlich tradierten Gewohnheitsrechts, genauer nach den Gründen, Modalitäten und Folgen dieses epochemachenden Überganges von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit der Überlieferung. Dass sich die historische Schule, wie gesagt, kaum damit befusste, leuchtet sofort ein: richtete sie nämlich ihr Auge auf das Gewohnheitsrecht, dann kaum aus eigentlich geschichtlichem Interesse, sondern eher in dogmatischer Absicht bzw. mit Blick auf die praktische Rechtsanwendung. Für letztere hatte allerdings unsere Frage bloss eine beweisrechtliche Relevanz: Danach erfreute sich das aufgezeichnete Gewohnheitsrecht grösserer Beliebtheit, weil es auch leichter zu beweisen war. Aber davon abgesehen gab es keinen Grund zu weiteren, tiefer gehenden Fragen oder Unterscheidungen.

Wird heutzutage konsequent über die schriftliche Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht nachgedacht und geforscht, dann nicht zuletzt zur Beantwortung der Frage, ob davon auch die Natur (und der Geltungsgrund) des aufgezeichneten Rechts betroffen war. Meist wird diese Frage verneint. Demnach habe die schriftliche Fixierung den ursprünglichen Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts, nämlich die *opinio iuris* der Rechtsadressaten, unverändert gelassen. Aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht sei weder verbindlicher noch brüchiger als mündlich überliefertes Recht: Es könne bloss leichter bewiesen werden, sei schon aus diesem Grunde sichereres Recht.

Mannigfaltige Gründe und Überlegungen, denen in unserem Seminar sowohl in den Beiträgen zur vorliegenden Sammlung wie auch in zahlreichen Diskussionen viel Raum eingeräumt wurde, lassen diese Antwort heute als

⁵ Vielfältige Belege dazu im Werk von Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, sowie in meiner Besprechung dieser Publikation (Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 10, 1981, S. 251–260).

voreilig und undifferenziert erscheinen. Hier seien bloss zusammenfassende Überlegungen – sozusagen *ad memorandum* – festgehalten.

Erstens soll daran erinnert werden, dass die konkreten Gründe einer jeweiligen Aufzeichnung des Rechts für die rechtspolitische Bedeutung des ganzen Aufzeichnungsvorganges entscheidend sind. Darum sollten wir konsequenter danach forschen und auch stärker differenzieren. Das, was im Einzelnen zu den Gründen der Aufzeichnung der *leges barbarorum* gesagt werden kann, gilt nämlich voraussichtlich nicht für die *redactio* der *consuetudines* im italienischen Raum im XII./XIII. Jahrhundert, und noch weniger für die schriftliche Fixierung der Weistümer im oberdeutschen Raum, um bei diesen allgemein bekannten Beispielen zu bleiben. *Zweitens* ist zu vermuten, dass viele Aufzeichnungsvorgänge Indizien einer vor sich gehenden (bzw. bevorstehenden oder gerade stattgefundenen) politischen Gewichtsverlagerung gewesen sind, und zwar einer wie auch immer gestalteten Umverteilung der politischen Macht, die allerdings selten jenen Adressaten förderlich gewesen ist, denen die ursprüngliche und mündlich tradierte *consuetudo* entstammte. Womit *drittens* keineswegs geleugnet werden soll, dass sowohl vor wie nach der Aufzeichnung das Recht (so auch das Gewohnheitsrecht) der Disziplinierung einer *antagonistischen* Gesellschaft zugeordnet war. Bloss soll dabei nicht übersehen werden, dass zwischen einem konsensual entstandenen und durch generelle Übung sanktionierten Recht einerseits, und einer amtlich verfügbaren und verwalteten Redaktion des bisherigen Gewohnheitsrechts andererseits subtile Unterschiede bestehen, die möglicherweise nicht nur „quantitativer“ Natur sind. Warum haben sonst italienische Statuten die erstmals übernommene *consuetudo* zuerst noch auf die tatsächliche Übung durch die Adressaten zurückgeführt („*consueverunt*“), später dann allerdings als obrigkeitliches Gebot („*teneantur*“) deklariert⁶?

Eine ständige, aber stets fragmentarische Präsenz

Die genauere soziale Valenz dieser Quelle, deren Exploration wir uns nun widmen werden, kann nach diesen ersten Überlegungen und in teilweiser Anknüpfung an bereits Gesagtes, etwa folgendermassen umschrieben werden:

a) *Consuetudo* war in der abendländischen Rechtsgeschichte ständig *präsent*, kann praktisch von der Antike bis zur Gegenwart belegt werden, weil sie dem Aufzeichner des „Codex“ Hammurapi wie heutigen Gesetzgebern als vertraut galt.

⁶ Dazu Alessandro LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Con una appendice di testi inediti, Milano 1899, S. 21, 23.

b) Dass diese ständige Präsenz demjenigen, der sich zur tatsächlichen Geschichte des Gewohnheitsrechts äussern möchte, problematisch erscheint, weil sie zur voreiligen Feststellung einer Kontinuität führen könnte, ist am Anfang dieser Ausführungen bereits hervorgehoben worden. In der Tat wird nämlich allzu leicht übersehen, dass diese ständige Präsenz auch stets eine *fragmentarische* gewesen ist. Nicht nur weil dem Recht nie ein Monopol der sozialen Disziplinierung zukam, sondern auch – worauf es hier besonders ankommt – weil die *consuetudo* nie ausschliessliche Bedeutung hatte, sich daher stets mit anderen Quellen verband, bzw. von anderen abgrenzte, so wie es zur Bewältigung gesellschaftlicher Konfliktsituationen erforderlich war.

c) Daraus lässt sich mühelos ableiten, dass der eigentliche Stellenwert der *consuetudo* in einer bestimmten historischen Gesellschaft erst nach genauer Erkundung eben dieser Gesellschaft erkannt und beschrieben werden kann. Denn erst diese Prüfung stellt jene Kriterien zur Verfügung, die zur Deutung der Beziehung zwischen den verschiedenen Rechtsquellen nötig sind. Zum Beispiel: Erst wenn wir genau wissen, warum der babylonische König Hammurapi um 1750 v.Chr. Teile der bisherigen mündlichen Überlieferung aufzeichnen liess, werden wir in der Lage sein, die soziale Bedeutung dieser Aufzeichnung wie auch die Beziehung zwischen ihr und dem nicht aufgezeichneten Teil der Überlieferung zu bestimmen⁷. Alles, was wir dazu in Unkenntnis der genaueren Umstände der Entstehung dieser „ersten Kodifikation“ ausführen, wird vermutlich bloss dem (möglicherweise spannenden) Bereich der schönggeistigen Spekulation angehören. Mit Rücksicht auf Zeiten, die uns vertrauter sind, liesse sich auch sagen, dass die Bedeutung des Gewohnheitsrechts jeweils erst an der Beziehung abgelesen werden kann, die es in den verschiedenen Epochen der Geschichte und bis auf den heutigen Tag zur Gesetzgebung unterhalten hat.

Der Einstieg über das geltende Recht: Erleichterung oder Hindernis?

Gewohnheitsrecht ist immer noch ein Element der *heutigen* Rechtsquellenlehre, wie auch die einleitende Vorschrift des ZGB betont. Sein Begriff wird in Kommentaren des geltenden Rechts erörtert, taucht in Urteilen des Bundesge-

⁷ Dazu etwa Johannes RENGGER, *Noch einmal: Was war der „Kodex“ Hammurapi – ein erlassenes Gesetz oder ein Rechtsbuch?*, in Hans-Joachim GEHRKE (Hrsg.), *Rechtskodifizierung und soziale Normen im interkulturellen Vergleich*, Tübingen 1994, S. 27–53. Auch andere Beiträge dieses wichtigen (und in der Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 21, 1999, S. 252–253 kurz besprochenen) Sammelbandes sind für unsere Fragestellung von Bedeutung.

richts auf, kommt mit anderen Worten auch dort vor, wo die geschichtliche Dimension sonst eher unberücksichtigt bleibt. Soll man sich darüber freuen ? Kann es generell als Erleichterung gelten, wenn der Einstieg in die Vergangenheit über den vermittelnden Schutz des positiven Rechts erfolgt ? Man mag diese Frage mit guten Gründen bejahen, etwa mit dem Hinweis, dass in einem solchen Falle präliminäre Erläuterungen, begriffliche Abklärungen und weitläufige Tatbestandsschilderungen entbehrlich werden können. Selbst sehe ich die Dinge allerdings etwas anders und betrachte die festgestellte „Überlappung“ eher als *schwere Hypothek*, deren Last man sich nur durch besondere Vorsichtsmassnahmen entziehen kann.

a) Fatal wäre es gewiss, ginge man bei der historischen Analyse unbemerkt von heutigen Begriffen aus – die bekanntlich alle dem Gesetzespositivismus ihre Reverenz erwiesen haben. Man würde bald einmal frühere Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts (wie übrigens auch die mittelalterlichen Redaktionen des Statutarrechts) als Vorformen, *scil.* Präfigurationen heutiger Kodifikationen zu erkennen verneinen und oft auch entsprechend verurteilen⁸. Generell kann dazu festgestellt werden, dass die Initiative zu derartigen rechtsdogmatisch suggerierten Entstellungen der Vergangenheit zuerst von Rechtshistorikern ergriffen, später allerdings von Allgemeinhistorikern mit seltener Begeisterung weitergetragen wurde. Heute werden jedenfalls nirgends im deutschsprachigen Schrifttum italienische mittelalterliche Rechtsaufzeichnungen so konsequent als „Gesetzbücher“ oder „Kodifikationen“ bezeichnet, wie im bedeutenden Werk des Münsteraner Mediävisten Hagen Keller⁹.

b) Nicht weniger deplatziert wäre es zudem, liesse man sich dabei von der heutigen praktischen Relevanz des Gewohnheitsrechts beeinflussen, die notorisch höchst bescheiden ist. Leicht zu erzielende erste Beobachtungen würden bald deren Unhaltbarkeit entlarven. Wobei meine Bedenken hier eigentlich nicht so sehr der Tatsache gelten, dass diese vorsortierende Sicht eine zufällig „minimalistische“ ist. Weit schwerer wiegt der Umstand, dass

⁸ Dazu Pio CARONI, *Lo sguardo deformante – ossia dell'imbarazzo che prova lo storico del diritto quando si imbatte nello statuto* (bisher unveröffentlichter Vortrag anlässlich eines Seminars des Centro di Studi sulla Civiltà del Tardo Medioevo, San Miniato, 10. September 1996).

⁹ Ein Verzeichnis der entsprechenden Schriften dieses Mediävisten ist zu finden in: Thomas SCHARFF – Thomas BEHRMANN (Herausgeber), *Bene vivere in communitate – Beiträge zum italienischen und deutschen Mittelalter* – Hagen Keller zum 60. Geburtstag überreicht von seinen Schülerinnen und Schülern, Münster/New York/München/Berlin 1997, S. 311–319. Mit dem Werk dieses Historikers hat sich zudem in ihrer Lizentiatsarbeit Riccarda RACINE befasst (*Verschriftlichung des Rechts – Verrechtlichung des Lebens – Mittelalterliche Rechtsaufzeichnungen aus der Sicht Hagen Kellers*, Bern 1999).

sie (gleich ob minimalistisch oder maximalistisch) *der Gegenwart entstammt*, daher der Deutung der Vergangenheit nur *mutatis mutandis* gerecht werden kann.

Die semantische Überlegenheit des Gewohnheitsrechts

Stellt sich weiter, in welchem Zusammenhang auch immer, die Frage nach der *tatsächlichen Rechtsgeltung*, so könnte die Gegensätzlichkeit der Antworten nicht auffallender sein.

Ein Rechtsquellensystem, das – meist in der Form der Kodifikation – ein Primat der Gesetzgebung vorsieht, schaut instinktiv nach vorne und trägt daher einen *programmatischen Charakter*. Es erfasst immer auch Normen, die zwar formell in Geltung sind, aus denen aber faktisch nichts geworden ist, weil sie möglicherweise während Jahrzehnten unangewendet geblieben, unter Umständen durch *desuetudo* bereits materiell obsolet geworden sind. Darum wird auch innerhalb dieser Systeme zwischen rechtlicher und tatsächlicher Geltung unterschieden, in unbewusster Anlehnung an jene mittelalterliche Lehre, die statutarische Bestimmungen erst dann als gültig und konkret anwendbar bezeichnete, wenn der zusätzliche Beweis erbracht wurde, sie stünden *in viridi observantia*¹⁰. Man könnte auch etwa sagen, dass sich bei Kodifikationen die Beziehung der primären Rechtsquelle (d.h. des Gesetzbuches) zu ihrer Vergangenheit als praktisch irrelevant, eigentlich inexistent erweist. Kodifikationen leugnen bekanntlich ihre Geschichte und sind daher strukturell nicht rückwärtsgewandt. Ihr Erlass wirkt sozusagen novatorisch, allenfalls übernommene historische Materialien werden zu Bestandteilen einer neuen formellen Ordnung werden, die sie nach Massgabe des vorhin erwähnten, zukunftsgerichteten Planes möglicherweise mit neuen Valenzen ausstattet. Daran denkt, wer behauptet, Kodifikationen würden überlieferte Rechtsbestände in einem Käfig einsperren, somit einem neuen System unterwerfen, bzw. neuen Interdependenzen zuführen¹¹.

Ganz anders das Gewohnheitsrecht, dem die positivistische Unterscheidung zwischen formeller und effektiver Geltung fremd ist, weil es vom Konsens der Rechtsadressaten lebt. Es offenbart daher die Dynamik zwischen Recht und Gesellschaft viel transparenter als das Gesetz, es betrachtet sich

¹⁰ Zu diesem Begriff vgl. die Beiträge von Claudia STORTI-STORCHI und Ettore DEZZA in: Pio CARONI (Hrsg.), *Dal dedalo statutorio* – Atti dell'incontro di studio dedicato agli Statuti (11–13 novembre 1993), Archivio Storico Ticinese XXXII, 1995, S. 127–288, insbesondere S. 193, 213, 217 (C.S.S.) und 246–247 ff. (E.D.).

¹¹ Diesbezügliche nähere Überlegungen Pio CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, S. 165–199.

nicht als Neubeginn, sondern als Ergebnis vergangener Rechtserfahrungen. Jedenfalls müssen diese, um die Geltung dieses Rechts bestimmen zu können, herangezogen und verwertet werden. Während nämlich die formelle Geltung eines Gesetzes auf Grund abstrakter Kriterien (z.B. der korrekten Durchführung des Promulgationsverfahrens) festgestellt werden kann, bleiben demjenigen, der allfälliges Gewohnheitsrecht entdecken und belegen möchte, ein konkreter Gang durch die Gesellschaft und eine Auseinandersetzung mit deren Rechtsanschauungen nicht erspart. Nicht zuletzt damit hängt die *semantische Überlegenheit* des Gewohnheitsrechts zusammen, der gegenüber gerade Rechtshistoriker alles andere als indifferent sind¹².

Wenn man sich in der Vergangenheit verliert

Ein solcher Gang durch die Gesellschaft führt allerdings nicht immer zum gewünschten Ziel, d.h. zum Auffinden einer immer noch befolgten *consuetudo*. Oft endet er in einer Sackgasse, und zwar meist dann, wenn aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht auf eine mündliche Überlieferung verweist, die nicht mehr rekonstruiert werden kann. Als Kinder einer Wissenschaft, die sich seit 2000 Jahren primär als *Textwissenschaft* versteht, stehen wir dann ratlos da, weil das Schweigen der Quellen plötzlich unser Wissen relativiert. Zwar wissen wir bestimmt um die Existenz anderer Rechtsregeln und versuchen auch immer wieder, ihnen durch andere Einstiege (Anthropologie, Ethnografie)¹³ auf die Spur zu kommen. Allerdings entsprechen die Ergebnisse selten der Intensität der Bemühungen. Denn das Magmatische, das jenseits der schriftlichen Überlieferung haust, entzieht sich meist unserem Blick, bleibt unfassbar und unbestimmt, erobert gelegentlich sogar Gebiete zurück, die wir uns voreilig und rücksichtslos angeeignet hatten. Auch jene Gebiete – um es deutlicher zu sagen – ,deren Quellen längst erschlossen sind, sogar in gedruckter Form vorliegen. Überlegen wir nämlich, vor welchem Hintergrund wir sie lesen, auslegen und verwerten, ist es offenkundig, dass wir selten genug in der Lage sind, ihnen zeitgerecht zu begegnen. Unser Vorverständnis, unsere Rechtskultur, unsere positivistische Sichtweise stehen uns dabei im Wege, haben uns längst unumkehrbar geprägt. Wir sind dadurch zwangsläufig und unwiderruf-

¹² Andeutungen in diese Richtung bei Gianfranco GARANCINI, *Consuetudo et statutum ambulans pari passu: La consuetudine nei diritti italiani del Basso Medio Evo*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 58, 1985, S. 19–55, namentlich 22–24; Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, S. 6–7.

¹³ Weiterführend hier Gerhard DILCHER, *Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem*, im Sammelband: *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Band 6, Berlin 1992, S. 21–65.

lich anders geworden. Und diese Andersartigkeit prägt uns selbst dann, wenn wir mit Äusserungen der Vergangenheit konfrontiert werden, die sich heute scheinbar unverändert wiederholen: Gesänge mittelalterlicher Mönche hören wir heute als Kinder der Polyphonie und der Zwölftonmusik; den Himmel schauen wir heute als Erben der kopernikanischen Wende sowie der dadurch möglich gewordenen Entzauberung. Sogar die „letzte Sonnenfinsternis des Milleniums“ haben wir als Träger eines rationalen Wissens und als Empfänger einer unbeschreiblichen Menge praktischer Auskünfte, mit einer derartigen Gelassenheit über uns ergehen lassen, die früher unvorstellbar gewesen wäre.

Warum sollte dasselbe nicht auch für das Recht der Vergangenheit gelten? Es entspringt einer Zeit und einer Welt, denen wir definitiv den Rücken gekehrt haben: *darum* wird es uns meist unzugänglich, bzw. rätselhaft bleiben. Das hat mit dem Schweigen der Quellen, bzw. mit dem Zufallscharakter der Überlieferung, nichts zu tun, obwohl wir das gern behaupten und unsere Ratlosigkeit oft damit zu erklären versuchen. Würden Quellen und Überlieferung auch reichlicher fließen, bliebe uns ihr tatsächlicher einstmaliger Sinngehalt dennoch meist verschlossen. Denn, sogar „wenn ein Löwe sprechen könnte, könnten wir ihn nicht verstehen“¹⁴.

¹⁴ Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Oxford 1953, S. 223. Empfehlenswerte (und unaufhörlich weiterbohrende) Variationen zu diesem berühmten Spruch bei Davide SPARTI, *Se un leone potesse parlare – Indagine sul comprendere e lo spiegare*, Firenze 1992.

DIE ALTE EIDGENOSSENSCHAFT ALS GEGENSTAND DER FÖDERALISMUSDEBATTE IM 18. JAHRHUNDERT

Während Hans Conrad Peyer von einem Bundesgeflecht schreibt¹, ein gemeineidgenössisches Denken und Fühlen jedoch bejaht², verweigert Bernd Marquardt der alten Eidgenossenschaft bis zur Helvetik die Eigenschaft ein souveräner, unabhängiger Staat zu sein³. Erst die Helvetik habe die Schweizerische Eigenossenschaft zum Staat gemacht. In meinem „Schweizerische Rechtsquellen und Schweizerische Verfassungsgeschichte nach einer Vorlesung von Ulrich Stutz (1868–1932) nach einer Nachschrift von Dr. Adolf Im Hof“⁴ habe ich die These von Hans Conrad Peyer⁵ weitgehend übernommen. Die „Probe aufs Exempel“ lässt sich für das 18. Jahrhundert und somit vor dem Untergang der alten Eidgenossenschaft am besten anhand des zeitgenössischen Schrifttums machen. Die alte Eidgenossenschaft war nämlich Gegenstand einer intensiven Föderalismusdebatte, deren Urheber Montesquieu gewesen, von den Autoren des *Federalist* übernommen und von Mably weitergeführt worden ist. In dieser Debatte erscheint die alte Eidgenossenschaft als eine Form von Staatengemeinschaft, die zugleich ein authentisches Abbild der damaligen Verfassungsstruktur der alten Eidgenossenschaft sein dürfte.

* Rechtsanwalt

¹ In „Verfassungsgeschichte der alten Schweiz“ (Zürich 1978) S. 84.

² Ebenda S. 106.

³ In „Die alte Eidgenossenschaft und das Heilige Römische Reich (1350–1798)“ in Europäische Rechts- und Regionalgeschichte Bd. 3 (Zürich/St.Gallen 2007) insbesondere S. 333.

⁴ In Europäische Rechts- und Regionalgeschichte Bd. 10 (2010) S. 569 ff.

⁵ Die übrigens weitgehend den Thesen von Heusler Andreas, Schweizerische Verfassungsgeschichte (Basel 1920; Neudruck Aalen 1968) S. 114 ff. folgt; hierzu Meyer Bruno, Die Bildung der Eidgenossenschaft im 14. Jahrhundert (Zürich 1972) S. 10.

1. Montesquieu, De l'Esprit des Lois

1.1. Biographie⁶

Wann genau Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu geboren wurde, ist nicht bekannt. Am 18. Januar 1689 wurde er jedenfalls getauft. Als er 7 Jahre alt war, stirbt am 13. Oktober 1698 seine Mutter, 1700 tritt er in das durch Jesuiten und Oratorien geführte Collège de Juilly bei Paris. Am 29. Juli 1708 besteht er das Baccalauréat und am 12. August das Lizenziat an der Universität Bordeaux und am 14. wird er Advokat⁷. 1709 fährt er nach Paris, um seine Ausbildung zu vervollständigen. 1713 stirbt sein Vater. Ein Jahr darauf wird er Rat am Parlement von Bordeaux. 1716 ererbt er das Amt des Präsidenten des Parlement von Bordeaux⁸, den Titel (Baron) und der Name seines Onkels Jean Baptiste Secondat, Baron de Montesquieu. Von da an nennt er sich nur noch Montesquieu. 1715 heiratet er eine Protestantin, Jeanne de Lartigues⁹, 1716 wird er in die Akademie von Bordeaux aufgenommen¹⁰. Zwei Wochen darauf, im April 1716 liest er dort seine Dissertation „Sur la Politique des Romains dans la Religion“¹¹, 1720 verkauft er sein Amt, 1721 erschien sein erstes grosses Werk, die „Lettres Persanes“, das zu einem grossen Erfolg wurde. Die regimekritischen Aussagen in diesem Werk bewirkten, dass König Ludwig XV sein Veto gegen seine Aufnahme in die Akademie française aussprach¹². Doch dieser Widerstand konnte über-

⁶ Die Literatur über Montesquieu und seine Biographie ist beinahe unübersehbar. Es kann sich nachfolgend nur um eine Auswahl von Titeln handeln: Truc Gonzague in Montesquieu, De l'Esprit des Lois 2 Bde. (Paris 1949 und seither mehrere unveränderte Neuauflagen) S. 1 ff.; Chiappe Jean-François, Montesquieu, L'homme et l'héritage (Monaco 1998); Dorn U., Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu (1689–1755) in Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten (Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2008) S. 303–309; Speck U., Montesquieu, Charles de (1689–1755) in Stolleis Michael (Hrsg.), Juristen, Ein biographisches Lexikon, Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert (München 2001) S. 450–453; Starobinski Jean, Montesquieu (Paris 1994); Lacouture Jean, Montesquieu, Les vendanges de la liberté (Paris 2003); Kawade Joshie, Montesquieu in David Boucher/Paul Kelly (Hrsg.), Political Thinkers, From Socrates to the Present (Oxford 2003) S. 217–234; . Kley Andreas, Verfassungsgeschichte der Neuzeit; Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz (Bern 2008) S. 99.

⁷ Chiappe S. 36.

⁸ Genauer „Président à mortier au Parlement de Guyenne“ nach Castex P. et Surer P., Manuel des Etudes littéraires françaises V (XVIII^e Siècle) (Paris 1949) S. 38.

⁹ Chiappe S. 48; Starobinski S. 15.

¹⁰ Chiappe S. 54.

¹¹ Truc S. I f.

¹² Truc S. II.

wunden werden und am 24. Januar 1728 wurde er in diese Akademie aufgenommen. 1728 trat er eine längere Reise an, nach Wien, Ungarn, Mailand, Turin, Florenz, 1729 nach Rom, Neapel, Tirol, Bayern, dem Rhein entlang in die Niederlanden und von dort nach England. 1731 zieht er sich in das Schloss La Brède zurück, um die „*Considérations sur les cause de la grandeur des Romains et de leur décadence*“, die 1734 erschienen und das „*Esprit des Lois*“, das 1748 erscheint, zu verfassen. An diesem Werk hat er sein Leben lang gearbeitet¹³. „*Cet ouvrage est le fruit des réflexions de toute ma vie et peut être que d’un travail immense, d’un travail fait avec les meilleures intentions d’un travail fait pour l’ utilité publique je ne retireray que des chagrins et que je seray païé par les mains de l’ignorance et de l’ennui*“ schreibt er in seinen „*Pensées*“¹⁴.

1.2. Das „Esprit des Lois“

Das *Esprit des Lois* erschien anonym in Genf¹⁵. Verwendet wurde hier die 2. Auflage mit folgendem Titel: *De l’Esprit des Loix ou du Rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque Gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce etc. Nouvelle Edition Revue & corrigée, avec des changements considérables donnés par l’Auteur. A Geneve Chez Bassetlet & Fils. MDCCCLIX*“ 3 Bände¹⁶.

Im 9. Buch, 1. Kapitel macht Montesquieu die folgende Überlegung: Wenn eine Republik klein ist, so werde sie von einer fremden Macht zerstört; ist sie gross, so geht sie an der eigenen Unvollkommenheit zugrunde¹⁷. Diesen doppelten Nachteil trifft sowohl die Demokratien als auch die Aristokratien, ob diese nun gut oder schlecht seien. Der Fehler ist in der Sache selbst, es gibt keine (Staats) Form, die diesen Fehler beheben kann. Es erscheint somit, dass die Menschen am Ende immer gezwungen worden seien, unter der Regierung eines Einzigen zu leben, hätten sie nicht eine Verfassungsform erfunden, die alle inneren Vorteile einer republikanischen Regierung und die äussere Macht der monarchischen hat. Ich spreche von der föderativen Republik. Diese Regierungsform ist eine Konvention, nach der mehrere politische Körper vereinbaren, Bürger eines grossen Staates zu werden, den sie bilden

¹³ Starobinski S. 15.

¹⁴ Facsimile bei Starobinski S. 18.

¹⁵ Hierzu Weigand Kurt, Einleitung zur Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* (Stuttgart 2006) S. 1–84.

¹⁶ Man beachte die Anonymisierung der Autorschaft. Verwendet wurde aber auch die Edition von G.Truc (Editions Garnier mit immer wieder unveränderten Auflagen).

¹⁷ In diesem Zusammenhang zitiert Montesquieu Tacitus „*Faro potentior, non sua vi nixae*“.

wollen. Es ist eine Gesellschaft von Gesellschaften, die daraus eine neue Gesellschaft bilden, die sich durch neue Gesellschafter, die sich vereinigt haben, vergrössern kann.... Dadurch werden Holland¹⁸, Deutschland, die „Schweizerischen Ligen“ als ewige Republiken betrachtet¹⁹. Montesquieu betrachtet somit die Schweizerische Eidgenossenschaft als Vereinigung von Ligen. Aufgrund dieses Konzept ist es konsequent, wenn Montesquieu im 10. Buch, Kapitel 6 als der Natur der Sache einer föderativen Verfassung widersprechend betrachtet, dass ein föderativer Staat zu Lasten eines anderen föderativen Staates Eroberungen macht, wie dies bezüglich Toggenburg kürzlich in der Schweiz geschehen ist²⁰.

Die Auffassung Montesquieus von einem „Föderativstaat“ Schweiz entsprach jedoch nicht der damaligen Wirklichkeit. Sie war vielmehr ein neues Konzept, das dann erstmals von den Vereinigten Staaten von Amerika verwirklicht wurde²¹.

Die erwähnte Stelle aus dem *Esprit des Lois*²² wurde von Alexander Hamilton in einem seiner Aufsätze zum „Federalist“²³ übernommen, um die

¹⁸ „Sie ist von ca. fünfzig Republiken, alle von einander verschieden, gebildet“ *Etat des Provinces Unies* von Mr. Janissan.

¹⁹ Im Original lautet die Stelle: „*Si une république est petite, elle est détruite par une force étrangère, si elle est grande, elle se détruit par un vice intérieur. Ce double inconvénient infecte également les démocraties et les aristocraties, soit qu'elles soient bonnes, soit qu'elles soient mauvaises. Le mal est donc la chose même; il n'y a aucune forme qui puisse y remédier. Ainsi il y a grande apparence que les hommes auraient été à la fin obligés de vivre toujours sous le gouvernement d'un seul, s'ils n'avaient imaginé une manière de constitution qui a tous les avantages intérieurs du gouvernement républicain, et la forme extérieure du monarchique. Je parle de la république fédérative. Cette forme de gouvernement est une convention par laquelle plusieurs Corps politiques consentent à devenir citoyens d'un Etat plus grand qu'ils veulent former. C'est une société de sociétés, qui en font une nouvelle, qui peut s'agrandir par de nouveaux associés qui se sont unis. Ce furent ces associations qui firent fleurir si longtemps le corps de la Grèce. Par elles les Romains attaquèrent l'univers, et par elles seules l'univers se défendit contre eux; et quand Rome fut parvenue au comble de sa grandeur, ce fut par des associations derrière le Danube et le Rhin. Associations que la frayeur avait fait faire, que les Barbares purent lui résister. C'est par là que la Hollande, l'Allemagne, les Liges suisses, sont regardées en Europe comme des républiques éternelles*“. Die zitierte Stelle aus dem „*Esprit des Lois*“ wird teilweise zitiert von Lacorne Denis, *L'invention de la république. Le modèle américain* (Paris 1991) S. 141 und von Campagna Norbert, Charles de Montesquieu, *Eine Einführung* (Düsseldorf 2001) S. 41, was die Bedeutung dieser Stelle hervorhebt.

²⁰ Vgl. Im Hof Ulrich, *Ancien Régime in Handbuch der Schweizer Geschichte* Bd. 2 (Zürich 1980) S. 694–700.

²¹ Doch darüber später.

²² 9. Buch, 1. Kapitel.

Gegner der neuen Verfassung der Vereinigten Staaten namentlich der Delegierten des Staates New York davon zu überzeugen²⁴, dass die Staatsform der Republikanischen Föderation für die neu zu gründende Vereinigung der 13 ehemaligen britischen Kolonien und nunmehrigen Einzelstaaten die am wünschenswerteste sei: „This form of government is a convention, by which several smaller states agree to become members of a larger one, which they intend to form. It is a kind of assemblage of societies that constitute a new one, capable of increasing by means of new associations, till they arrive to such a degree of power as to be able to provide for the security of the united body. A republic of this kind able to withstand an external force, may support itself without any internal corruption. The form of this society prevents all manner of inconveniences“²⁵. Auch Madison beruft sich im *Federalist* auf ihn²⁶. Nach Judith Shklar war Montesquieu die damals moderne Autorität, die durch die damaligen amerikanischen Politiker am meisten zitiert wurde²⁷.

Der zitierte Auszug aus dem *Esprit des Lois* erweist sich somit als Grundlage, die nicht nur Hamilton und Madison als Referenz diente sondern auch von Mably herangezogen wurde bei seinen Erörterungen über den Föderalismus.

Die „ligues suisses“ waren im 18. Jahrhundert allerdings noch weit entfernt vom Konzept, das Alexander Hamilton vorschwebte, deshalb waren sie im entscheidenden Augenblick nicht in der Lage, sich gegen die französische Revolutionsarmee zu verteidigen. Hingegen ist bei der Umschreibung Montesquieus als *ligues suisses* ersichtlich, dass sie vom Ausland als eine gewisse Einheit wahr genommen wurden, ansonst das einheitliche Eigenschaftswort „suisse“ wohl nicht verwendet worden wäre.

²³ Wir verwenden hier den authentischen amerikanischen Titel; hierüber Ball Terence in Boucher David/Kelly Paul S. 253–269; Kley S. 101; Lacorne S. 138–155 und Howard Dick; Die Grundlegung der amerikanischen Demokratie. Aus dem Amerikanischen übersetzt von Rödel Ulrich (Frankfurt a.M.2001) S. 280 ff..

²⁴ Neun Staaten hatten bereits die neue Verfassung der Vereinigten Staaten ratifiziert; New York zögerte jedoch mit der Ratifikation noch: Howard Dick S. 270.

²⁵ Alexander Hamilton/James Madison und John Jay, *The Federalist or the new Constitution* (Oxford 1948) Nr.IX S. 38 ff.; vgl. ferner die Einleitung dazu von Max Beloff S. XXXIII.; weitere Referenzen auf Montesquieu Nr.XLVI (Madison) S. 246 und Nr. XLVII.

²⁶ *The Federalist* Nr. XLVII (Madison) S. 246.

²⁷ Starobinski S. 114.; ferner Campagna Norbert S. 11.

2. Der Federalist

Unter der Bezeichnung „Federalist“ oder „Federalist papers“ wird eine Sammlung von Presseartikeln bezeichnet, die unter dem Namen „Publius“ von drei Autoren verfasst worden sind, nämlich Alexander Hamilton²⁸, John Jay²⁹ und James Madison³⁰. Dabei ging es um folgende Themen, Föderalismus, Bill of Rights, Repräsentative Demokratie und Schaffung eines stehenden Heeres³¹.

Verwendet wurde „The Federalist or, the new constitution by Alexander Hamilton, James Madison und John Jay, Herausgegeben von Max Beloff, Oxford 1948“.

In einem Artikel der von Hamilton und Madison gemeinsam verfasst wurde, Nummer. XXIX S. 88 f. stellen die Autoren die damals bekannten Föderativstaaten vor, nämlich das alte Deutsche Reich, Polen und die Schweizerischen Kantone. Zu den Letzteren schrieben die Autoren „The connection among the Swiss cantons, scarcely amounts to a confederacy; though it is sometimes cited as an instance of the stability of such institutions. They have no common treasury; no common troops even in war; no common coin; no common judicatory, nor any other common mark of sovereignty.“

They are kept together by the peculiarity of their topographical position; by their individual weakness and insignificance; by the fear of powerful neighbours, to one of which they were formerly subject; by the few sources of contention among a people of such simple and homogeneous manners; by their joint interest in their dependent possessions; by the mutual aid they stand in need of, for suppressing insurrections and rebellions; an aid expressly stipulated, and often required and afforded; and by the necessity of some regular and permanent provision for accommodating disputes among the cantons. The provision is, that the parties at variance shall each choose four judges out of the neutral cantons, who, in case of disagreement, choose an umpire. This tribunal, under an oath of impartiality, pronounces definitive sentence, which all the cantons are bound to enforce. The competency of this regulation may be estimated by a clause in their treaty of 1683, with Victor Amadeus of Savoy; in which he obliges himself to interpose as mediator in

²⁸ 1755–1804; Biographie bei Ball Terence, *Political Thinkers* S. 254; Ahl I.K., Hamilton Alexander (1757–1804) in Stolleis Michael (Hrsg.); *Juristen* S. 278 f.; Lacorne S. 91–93.

²⁹ 1745–1829; Biographie bei Ball S. 254.

³⁰ 1751–1836; Biographie bei Ball S. 254 sowie Arndt F. in Stolleis S. 408–409 und Lacorne S. 85–90.

³¹ Ausführlich Howard Dick S. 276 f.; 311 ff. und FN 1 S. 331 f.

disputes between the cantons; and to employ force, if necessary, against the contumacious party.

So far as the peculiarity of their case will admit of comparison with that of the United States, it serves to confirm the principle intended to be established. Whatever efficacy the union may have had in ordinary cases, it appears that the moment a cause of difference sprang up, capable of trying its strength, it failed. The controversies on the subject of religion, which in three instances have kindled violent and bloody contests, may be said in fact to have severed the league. The Protestant and Catholic cantons have since had their separate diets; where all the most important concerns are adjusted, and which have left the general diet little other business than to take care of the common bailiages.

That separation had another consequence which merits attention.

It produced opposite alliances with foreign powers; of Bern, as the head of the Protestant association, with the United Provinces; and of Lucerne, as the head of the Catholic association, with France“.

Die alte Eidgenossenschaft war somit eines der politischen Modelle, auf die sich die Verfasser der Verfassung der Vereinigten Staaten bezogen³² allerdings mit dem Hinweis auf die mangelhafte Einheit: „In Switzerland where the union is so very slight, each canton is obliged to allow marchandises a passage through its jurisdiction into other cantons, without an augmentation of the tolls“³³. Der Ehrgeiz der amerikanischen Verfassungsväter bestand damals in der Gründung eines grossen republikanischen Staates, der wie Holland und die Schweiz auf Ewigkeit bestehen sollte³⁴. Nachdem aber die Gegner des Konzepts der Autoren im *Federalist* darauf hinwiesen, dass Montesquieu den Erfolg eines Föderativstaates an die Kleinheit seiner Mitglieder knüpfte, widerlegten die Autoren des *Federalist* in diesem Punkt Montesquieu, indem sie in der räumlichen Ausdehnung der amerikanischen Republik eine Garantie sahen, diese vor dem Parteienstreit zu bewahren³⁵. Mit der Verfassung vom 17. September 1787, die sich in dieser Beziehung ganz wesentlich von der „Declaration of Independence“ vom 4. Juli 1776 unterscheidet, gelingt es den „Föderalisten“ eine neue Form von Konfoederation zu schaffen, die Alexis de Tocqueville folgendermassen umschrieben hat: „L’Union est une grande république quant à l’étendue mais on pourrait en quelque sorte l’assimiler à une petite république, à cause du peu d’objets dont s’occupe son gouvernement. Ses actes sont importants, mais ils sont rares.

³² Lacorne S. 155.

³³ Madison in *Federalist* Nr. XLII (Edition Beloff S. 215).

³⁴ Lacorne S. 160.

³⁵ Howard Dick S. 68 und 295.

Comme la souveraineté de l'Union est gênée et incomplète, l'usage de cette souveraineté n'est pas dangereux pour la liberté³⁶.

3. Mably

Gabriel Bonnot de Mably³⁷ ist in der Schweizerischen Geschichte, Rechts- und Verfassungsgeschichte so gut wie unbekannt und doch gilt er als einer der geistigen Väter der Französischen Revolution³⁸. Zu seinen Lebzeiten galt Abbé Mably als einer der bedeutendsten Männer seiner Zeit³⁹.

Geboren am 14. März 1709 in Grenoble, stammte der Abbé de Mably aus einer Familie, die zur sogenannten Noblesse de robe gehörte. Er war der Stiefbruder des Abbé de Condillac. Sein Vater engagierte 1740 Jean Jacques Rousseau als Privatlehrer für seine Söhne⁴⁰. Mably erwarb die Pfründe eines Kanonikers, wandte sich jedoch zur Diplomatie. Er wurde in die Gesellschaft der Madame de Tencin aufgenommen, welche die Elite der Literaten um sich scharte. Dort lernte er wohl auch Montesquieu kennen, der in diesem Salon verkehrte⁴¹. Frau Tencin fiel er auf durch seinen Scharfsinn in Bezug auf die damaligen Tagesereignisse und als der Kardinal von Tencin ins Aussenministerium berufen wurde, empfahl ihn dessen Schwester, eben die Madame de Tencin den jungen Mably als Sekretär. Mably verfasste nun zur Instruktion des Ministers eine Zusammenfassung aller Staatsverträge seit dem Westfälischen Frieden. Auch bereitete er alle Memoranda und schrieb alle Berichte. Er war es, der 1743 die Grundlagen für den Vertrag schuf, den Voltaire Fried-

³⁶ De la démocratie en Amérique (Paris 1981) 1. Buch, Kap. 8 S. 240–241 und Lacorne S. 166

³⁷ Über ihn: Müller Georg, Die Gesellschafts- und Staatslehren des Abbé Mably und ihr Einfluss auf das Werk der Konstituante, Historische Studien H.214 (Berlin 1912) S. 13–27; Ziegler Karl-Heinz, Völkerrechtsgeschichte in Juristische Kurz-Lehrbücher (München 1994) S. 195; Grand Larousse Universel Bd. 9 (1995) S. 6493; Brockhaus, Enzyklopädie 13 (1990) S. 666; H.Bosselet/P.L., Mably in Nouvelle Biographie Générale 31 (1860) Sp. 449–453; P.B., Mably (Gabriel Bonnot de, dit l'abbé) in Grimal Pierre, Dictionnaire des Biographies Bd. 2 (Paris 1958) S. 940; Gottlob Hirsching/Friedrich Carl, Historisch-litterarisches Handbuch berühmter und denkwürdiger Personen, welche im 18. Jahrhundert gestorben sind, Bd.4 (Leipzig 1798) S. 171–180.; Bödeker Hans Erich/Friedemann Peter (Hrsg.), Gabriel Bonnot de Mably, Politische Texte 1751–1783 (Baden-Baden 2000) S.11.24 und Bibliographie über Mably ebendort S. 341–352.

³⁸ Chiappe S. 171 und 175.

³⁹ Müller Georg S. 7 ff.

⁴⁰ Bödeker/Friedemann S. 12; Monique & Bernard Cotteret, Jean Jacques Rousseau en son temps (2005) S. 92.

⁴¹ Bödeker/Friedemann S. 12.

rich II zu überbringen hatte und bereitete die Verhandlungen des Vertrages von Breda vor⁴².

Aus dieser Tätigkeit entstand eines seiner Hauptwerke „Le droit public de l'Europe, Fondé sur les traités, depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours“ (1748)⁴³.

Der Erfolg des Werkes war allgemein⁴⁴. Für die Staatsmänner aber auch für den einfachen Bürger geschrieben, wurde das Werk in allen Kanzleien Europas rezipiert. Seine Darstellung der Geschichte der auswärtigen Politik europäischer Kabinette seit dem Westfälischen Frieden füllte eine Lücke in der bis dahin existierenden Literatur aus. Das Werk wurde öffentlich an den Englischen Universitäten gelehrt. Es wurde in allen Sprachen übersetzt und wurde 1748 sowie 1764 von Mably erweitert und überarbeitet neu herausgegeben. Weitere Bearbeitungen lehnte Mably jedoch ab⁴⁵. Mably stieg dadurch in den Rang der bedeutendsten Publizisten Europas. Die Imprimatur wurde jedoch Mably in Frankreich verweigert, sodass er sich an einen ausländischen (eben Genfer) Buchhändler wenden musste. Zudem bedurfte es der Intervention eines Ministers, nämlich Monsieur d'Argenson, damit die Konfiskation der in Frankreich vertriebenen Exemplare gestoppt werden konnte⁴⁶. Im Übrigen korrespondierte Mably mit Jefferson und John Adams über Fragen verfassungsrechtlicher Natur und nahm Stellung zu einzelnen Verfassungen von amerikanischen Einzelstaaten (Pennsylvania und Massachusetts)⁴⁷.

Mably befasst sich mit der Schweiz an mehreren Stellen des „Le droit public de l'Europe“, am ausführlichsten im 3. Kapitel des ersten Bandes, indem er alle Staatsverträge schildert, die eidgenössische Stände und zugewandte Orte mit ausländischen Mächten zwischen 1648 und 1712 abgeschlossen haben.

Im Zusammenhang mit dem Westfälischen Frieden⁴⁸ wird lediglich festgehalten, dass die Stadt Basel und die Schweizer Kantone (Cantons suisses) unter keinen Umständen den Gerichten oder den Urteilen des deutschen Reiches unterstellt seien. Beachtenswert ist der für alle „Kantone“ gemeinsame

⁴² W.Bosselet in *Nouvelle Biographie Générale* 31 (1860) Sp. 449.

⁴³ 2 Bde.; 3. Auflage (Genf 1764) 3 Bde, 4. Auflage (1768) 3 Bde; weitere Auflagen mit Bemerkungen von Rousset (Genf/Paris 1776) und 1792. Verwendet wurde die 1768 nachgedruckte und in Genf erschienene 4. Auflage.

⁴⁴ Müller Georg S. 16.

⁴⁵ Bödeker/Friedemann S. 17.

⁴⁶ P.L. in *Nouvelle Biographie Générale* Sp. 451.

⁴⁷ Vier Briefe je an John Adams gerichtet wurden von Bödeker Hans Erich und Friedemann Peter S. 149–164 unter der Bezeichnung „Observations sur le gouvernement et les lois des Etats Unis d'Amérique“ vom Frühherbst 1783 ediert: vgl. auch Lacorne S. 77, 110.

⁴⁸ Kapitel I S. 86.

Eigenschaftswort „suisse“. Was dies bedeutet, wird im 3. Kapitel⁴⁹ ausführlich beschrieben:

Communis opinio sei, dass die 13 Kantone durch ähnliche Bande miteinander verbunden seien, wie die Niederlande, indem sie eine einzige Republik bilden würden, indem sie gemäss den Gesetzen und den Helvetischen Verfassungen einer allgemeinen Tagsatzung wie die Prinzen des Corpus Germanicum dem Reichstag unterstellt seien. Aber die einigermaßen gebildeten Personen wissen, dass der Helvetische Corpus⁵⁰ eher als Liga anstatt als Republik der Schweizer bezeichnet werden sollte und dass die 13 Kantone ebenso viele unabhängige Republiken bilden. Sie regieren sich nach unterschiedlichen Grundsätzen, jedes unter ihnen behält alle Recht der Souveränität und verhandelt nach Gutdünken mit den Ausländern. Ihre allgemeine Tagsatzung hat kein Recht, Reglemente zu erlassen oder ihnen Gesetze aufzuerlegen⁵¹. Mably beruft sich dabei auf den unbekannten Verfasser⁵² des *Etat de la Suisse*⁵³, den er ausführlich zitiert⁵⁴: „Tant s'en faut, dit l'Auteur de *l'Etat de la Suisse*, que les treize Cantons ne fassent qu'un Corps, qu'il n'y a que les trois plus anciens qui soient liés directement avec chacun des douze autres. A la vérité, il y a une telle connexion établie entre les treize Cantons, que si l'un étoit attaqué, les douze autres seroient obligés de marcher à son secours; mais ce seroit par la relation que deux Cantons peuvent avoir avec un troisième, non pas par une alliance directe que chacun des treize Cantons a avec tous les autres. Par exemple, parmi les huit Vieux Cantons, Lucerne n'a le droit d'en appeller que cinq à son secours, en cas qu'il fût attaqué; mais alors quelques uns de ces cinq ont le droit d'en appeller d'autres avec lesquels ils sont alliés, quoique Lucerne ne le soit pas; de sorte qu'à la fin ils sont tous obligés de marcher, en vertu de leurs alliances particulieres, non pas en vertu d'une alliance générale qui subsiste entre tous les Cantons“⁵⁵. Der Angriff auf einen der dreizehn Kantonen hat somit eine Kettenreaktion zur Folge.

⁴⁹ Mit der Überschrift „Traité particuliers entre les différentes Puissances de l'Europe depuis la pacification de Westphalie en 1648 jusqu'à la guerre de 1672“.

⁵⁰ „Corps Hélvétique“

⁵¹ Französisch: „imposer“.

⁵² Es handelt sich hierbei um Abraham Stanyan, englischer Gesandter bei den protestantischen eidgenössischen Ständen in den Jahren 1705 bis 1715. Über ihn HBSL VI (1931) S. 504 und Feller/Bonjour, *Geschichtsschreibung der Schweiz, Vom Spätmittelalter zur Neuzeit Bd.II* (Basel und Stuttgart 1979) S. 536–539 mit Porträt.

⁵³ *L'Etat De la Suisse*, Ecrit en 1714 Traduit de L'Anglois, gedruckt und herausgegeben in Amsterdam, verwendet wurde ein Reprint von Kessinger Publishing's Legacy Reprints aus den USA 2010. Die Englische Ausgabe trug den Titel „An acoount of Switzerland „

⁵⁴ Auf S. 155 f.

⁵⁵ *L'Etat de la Suisse* S. 130 f.

Der geschilderte Zustand war bis zum Beginn des 16. Jahrhunderts so. Dann wurde die Reformation eingeführt und es kam zur Trennung zwischen den katholischen und den protestantischen Kantonen, die je eine eigene Tagsatzung durchführen. Nur die Angelegenheiten der gemeinen Herrschaften wurden an der gemeinsamen Tagsatzung behandelt. Auch hierfür beruft sich Mably auf den unbekannten Autor des *Etat de la Suisse*. „Avant le changement de Religion, dit l'Auteur que j'ai déjà cité, qui arriva en Suisse à peu près au même temps qu'en Allemagne, on n'y connoissoit d'autres Diètes que les générales, & l'intérêt commun de leur Patrie étoit ménagé avec beaucoup de zèle & d'unanimité. Mais depuis qu'une partie des Cantons a embrassé la Religion Protestante, & que l'autre a resté attachée à la Catholique Romaine, leur Etat a été divisé aussi-bien que leur Eglise. Dès-lors leur conscience mutuelle se perdit; le zèle de chaque parti pour sa Religion engendra des haines, ils devinrent jaloux des desseins l'un de l'autre; & l'on peut dire que la réformation fût un coup qui fendit en deux le Corps Helvétique. Car, comme l'intérêt de la Religion entre plus ou moins, les Diètes générales ne s'y assemblent à présent que pour régler les affaires de leurs Bailliages, communs, & pour conserver les apparences extérieures d'une union qui n'est plus parmi eux. Au lieu qu'en effet, toutes les affaires publiques qui sont de quelque importance, se traitent dans les Diètes particulières des deux Religions; dont celles des Protestans se tiennent à Araw, & celles des Catholiques Romains, à Lucerne, lequel étant le Canton le plus puissant d'entr'eux, agit à leur tête, comme Zurich est à la tête des Protestans.“⁵⁶

Nach mehreren Kriegen zwischen den beiden konfessionellen Parteien, die Mably ausführlich darstellt, kam es zum Frieden von Aarau vom 15. Oktober 1718, den Mably als ebenso wichtig für die Schweizerische Eidgenossenschaft betrachtet als der Westfälische Frieden und den er daher ausführlich darstellt. Dabei scheint ihm die Toleranzregelungen und die

Aufteilung der Ämter zwischen den Konfessionen besonders imponiert zu haben.

Bevor er den Friedensvertrag darstellt, kommt Mably auf die schweizerische Neutralität zu sprechen.

„Je dois faire remarquer que les Suisses, ne voulant pas sacrifier leur liberté à l'envie de s'aggrandir, ne se mêlent jamais des contestations qui s'élèvent entre les Puissances étrangères. Ils observent une exacte neutralité; ne se rendent garans d'aucun engagement, & ne tirent d'autre avantage des guerres qui désolent souvent l'Europe, que de vendre indifféremment des hommes à leurs Alliés & aux Princes qui ont recours à eux“.

⁵⁶ Zitiert nach Mably Bd. 1 S. 158 f. Die Stelle in *L'Etat de la Suisse* befindet sich auf S. 123 f.

Das Ideal Mablys ist die föderalistische Staatsform⁵⁷: So schreibt er in einem weiteren Werk „De la législation ou principes des lois“ (Paris 1776)⁵⁸: „Ihre Gesetze werden mehr oder weniger weise sein, je nachdem sie geeignet sind, Sie mit ihren Nachbarn zu verbinden, und zwar in der Weise, dass Sie nur eine einzige föderative Republik bilden: Dieses ist der höchste Grad der Vollkommenheit, auf den die Politik sich erheben kann. Wenn Sie darüber nachdenken wollen, werden Sie sehen, dass die Griechen damals ihr Glück dieser Konfoederation verdanken, und dass der Verlust ihrer Freiheit ihrer Zwietracht unmittelbar folgte. In dem Bündnis der 13 Kantone liegt noch heute die Sicherheit der Schweiz. Jeder ihrer Staaten ist für sich genommen schwach, sie sind jedoch durch das gemeinsame Interesse, das sie verbindet, stark. Keiner ihrer Nachbarn denkt daran, sich auf ihre Kosten zu vergrößern. Nehmen Sie an, dass sie untereinander uneinig werden, und Sie werden auf die Stelle sehen, wie falsche Verbündete ihnen gefährliche Hilfe anbieten, und dass man versuchen wird, unter dem Vorwand ihnen zu dienen, sie zu unterjochen“⁵⁹ Auf das Thema der föderativen Republik der Schweiz kam Mably in einem weiteren Werk „De l'étude de l'histoire à Monsieur le Prince de Parme (Paris 1778; Erste Auflage 1775 ?) zurück⁶⁰.

4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Die Auffassung, dass die alte Eidgenossenschaft der 13 Kantone nur eine Verbindung von einzelnen souveränen Staaten darstellte, war schon herrschende Meinung im 17. Jahrhundert, wie sie vor allem Johannes Althusius vertrat⁶¹. Indem man damals jede Möglichkeit eines Staats über Staaten ausschloss, gab es „wo daher im Leben föderativer Gebilde „respektive Unionen“ begegneten“, nur die Wahl „zwischen der Annahme eines Bundesverhältnisses (respektive Unionsverhältnisses) unter mehreren voll souveränen Staaten und der Annahme eines gegliederten Einheitsstaates. Deshalb erklärte man einerseits auch die förmlich organisierten Bundesgemeinwesen und namentlich fast allgemein die Schweizer Eidgenossenschaft und die Vereinigten Niederlande für blosse Bundesverhältnisse, zu deren Gunsten man freilich in die hergebrachte Lehre von den Foedera neben den mancherlei Kategorien

⁵⁷ Müller Georg S. 37.

⁵⁸ Bd. IX S. 200 f. der Gesamtausgabe zit wird die Übersetzung ins Deutsche durch Bödeker/Friedemann S. 220. Über das Werk Bödeker/Friedemann S. 205–207. Es wurde als philosophischen Dialog konzipiert.

⁵⁹ Vgl. auch Müller Georg S. 69.

⁶⁰ Siehe Bödeker/Friedemann S. 241: über das Werk ebenda S. 233 f.

⁶¹ Wolf Erik, Johannes Althusius in Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte (Tübingen 1965) S. 188

der gleichen und ungleichen Bündnisse, denn davon mehr oder minder scharf unterschiedenen Begriff des durch ein „Foedus eratissimum“ zeugten und als „corpus foederatorum“ oder „systema civitatum“ organisierten Staatenbundes einführt, bei denen man jedoch stets auf das schärfste hervorhob, dass der noch so enge Verband die Souveränität der einzelnen Staaten unberührt lasse und dass daher sie und durch sie Staaten seine, das Ganze höchsten den Schein des Staates trage“⁶². Dies war offensichtlich die Auffassung Frankreichs und Schwedens, als sie die Schweiz und die Niederlande beim Westfälischen Frieden für gegenüber dem Deutschen Reich souverän erklärten. „Umgekehrt hielt man andererseits überall, wo man die staatliche Natur des Ganzen nicht bestreiten konnte oder wollte und deshalb insbesondere auch für das Deutsche Reich ebenso allgemein den Begriff des Einheitsstaates aufrecht“⁶³. Mit der Einführung des Konzept „eines Staates über Staaten“, das offensichtlich auf Montesquieu zurückgeht, haben die Gründer der Vereinigten Staaten diese Alternative aufgebrochen und eine neue Staatsform eingeführt⁶⁴, den Bundesstaat, eine Staatsform, die dann auch für die Schweizerische Eidgenossenschaft 1848 Modell wurde⁶⁵. Namentlich das Zweikammersystem wurde von den Vereinigten Staaten rezipiert, wobei die Begründung des Federalist⁶⁶ dazu auch für die Schweiz z.T. zutreffen mag.

Die Frage der föderalistischen Staatsform hat bekanntlich den ganzen Entstehungsprozess der Verfassung der Vereinigten Staaten beherrscht⁶⁷ und zwar in viel breiterem Masse als die Bill of Rights, die selbst nur in einem „Amendment“ zur Verfassung enthalten ist⁶⁸. Als Konzession an die Antiföderalisten wurden schliesslich die Amendments IX und X in die Verfassung eingefügt. Das Amendment X, welches lautet: „The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are

⁶² von Gierke Otto, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik (Breslau 1913) S. 237 f. Die diesbezüglichen Aussagen von Gierke fallen nicht unter die Kritik von Winters Peter Jochen, Althusius in Michael Stolleis (Hrsg.); Staats-Denker in der frühen Neuzeit (München 1995) S. 29 f.

⁶³ von Gierke S. 258.

⁶⁴ Lacorne Denis S. 51, 84, 118, 141–146.

⁶⁵ Die intensiven Auseinandersetzungen der schweizerischen Staatsrechtslehre mit dem amerikanischen Modell blieb seit 1780 lebendig und war für die Bundesverfassung von 1848 nicht ohne Wirkung: Näheres hierüber Schweizer Rainer/Zelger Ulrich, Föderalismus in HLS Bd. 4 („004) S. 589 f.

⁶⁶ The Federalist Nr. LI (Edition Beloff S. 265)

⁶⁷ Lacorne S. 95–108, 115–117.

⁶⁸ Im Übrigen wie im EU-Vertrag von Lissabon

reserved to the States respectively to the people“⁶⁹. Es verankert eine dreifache vertikale Souveränität, diejenige der Union, diejenige der Einzelstaaten und die sog. Volkssouveränität als Klammer sowohl der Souveränität der Einzelstaaten als auch der Souveränität des Gesamtstaates, indem die vom Volk gewählten Behörden sowohl der Einzelstaaten als auch jene des Gesamtstaates die sie wählenden repräsentierten. Jede nicht ausdrücklich dem Zentralstaat zugewiesene Zuständigkeit verbleibt bei den Einzelstaaten und subsidiär beim Volk. Das Amendment X erkennt man wieder in Art.3 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 12. September 1848⁷⁰, welcher lautet: „Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind“. Dadurch wurde ein paralleler, vertikaler Souveränitätsbegriff anerkannt, der unzweifelhaft von der amerikanischen Verfassung eingeführt worden ist. Dass das Zweikammersystem auf den amerikanischen Präzedenzfall zurückzuführen, ist heute unbestritten⁷¹.

Das Axiom von Montesquieu, dass Republiken nur überlebensfähig sind, wenn sie sich eine föderative Staatsform geben, steht am Anfang des modernen Bundesstaates und hat wohl zur Entdeckung dieser Staatsform in massgebender Weise beigetragen.

⁶⁹ Hierzu Lacorne S.231 und 260; Erläuterung hierzu und Übersicht der Rechtsprechung des Supreme Courts bei Haller Walter, Supreme Court und Politik in den USA (Bern 1972) S. 12 und 14 ff.

⁷⁰ Nach „Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft nebst sämtlichen in Kraft stehenden Kantonsverfassungen nach offiziellem Text (Freiburg in der Schweiz 1856).

⁷¹ Vgl. statt aller Kölz Alfred, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848 (Bern 1992) S. 564–567 insbes. S. 559; Fleiner Fritz, Unitarismus und Föderalismus in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten von Amerika, Ausgewählte Schriften und Reden (Zürich 1941) S. 250 ff.; His Eduard, Amerikanische Einflüsse im schweizerischen Verfassungsrecht, Basler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag (Basel 1920). und Peter Stadler, Epochen der Schweizgeschichte (Zürich 2003) S. 158 f.

Christian Rathgeb *

HEINRICH ZSCHOKKE

(1771–1848)

SEIN EINFLUSS AUF DAS BÜNDNERISCHE VERFASSUNGSRECHT¹

I. Einleitung²

1. Problematik der aufgeworfenen Frage nach dem Einfluss Heinrich Zschokkes auf das bündnerische Verfassungsrecht

Der Titel des Referates soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass es in der Regel nahezu unmöglich ist, den Einfluss einer einzelnen Person auf eine Rechtsentwicklung nachzuweisen. Vielmehr ist es stets ein Zusammenspiel verschiedener Umstände und Gegebenheiten, das zu einer Rechts-, oder was vorliegend interessiert, zu einer Verfassungsentwicklung, beiträgt. Dabei spielen jedoch immer wieder einzelne Personen eine zentrale Rolle, wie etwa in Graubünden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Jurist Peter Conradin von Planta. Gerade im ausgehenden 18. und im 19. Jahrhundert war es – noch deutlicher als es heute der Fall ist – ein kleiner Kreis von Personen, welcher aktiv am staatspolitischen Geschehen gestalterisch mitwirkte.

Der 1771 in Magdeburg geborene Heinrich Zschokke hatte in Graubünden kein staatliches Amt inne, das ihm die Kompetenz verliehen hätte, Graubünden aktiv umzugestalten. Ein diesbezügliches Wirken fällt somit von vorneherein ausser Betracht. Dies heisst aber nicht, dass der zum Patriotenbund gehörende Zschokke nicht aktiv in die politischen Auseinandersetzungen

* Dr. iur. Rechtsanwalt, Grossrat und Standespräsident von Graubünden, Mitglied der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte (Ressort Staatsrecht), Präsident der Stiftung und des Instituts für Bündner Kulturforschung, wohnhaft in Chur.

¹ Es handelt sich vorliegend um eine überarbeitete und erweiterte Fassung eines am 28. April 2009 vom Autor zum gleichen Thema vor der Historischen Gesellschaft von Graubünden in Chur gehaltenen Referates.

² Dem Aargauer Historiker und Zschokke-Biografen Dr. Werner Ort danke ich für seine wertvollen Hinweise und Anregungen. Meinen Eltern Verena und Karl Rathgeb-Brunner danke ich für die Durchsicht des Manuskriptes.

zwischen den Frankreich orientierten Reformern und der Österreich freundlichen Salis-Partei involviert gewesen wäre.

Der Fokus dieses Aufsatzes liegt auf dem zeitlich kurzen, aber intensiven Wirken Heinrich Zschokkes von August 1796 bis August 1798 als Publizist und als Lehrer am Seminar in Reichenau sowie auf der Nachhaltigkeit seines Schaffens im Lichte der bündnerischen Verfassungsentwicklung.

Einfluss auf die Verfassungsentwicklung setzt Ideen für die Verfassungsgestaltung voraus. Diese staatsgestaltenden Ideen müssen publiziert werden oder zumindest zugänglich sein, Schlüsselpersonen oder breite Massen überzeugen und zum tatsächlichen politischen Handeln bewegen. Von einflussreichem Wirken kann nur dann gesprochen werden, wenn es tatsächlich zur Umsetzung dieser Ideen und Vorschläge kommt.

Es gilt deshalb drei Fragen zu klären:

1. *Hatte Heinrich Zschokke neue verfassungsgestaltende Ideen? (vgl. II)*
2. *Hat Heinrich Zschokke seine verfassungsgestaltenden Ideen publiziert oder anderweitig kompetenten Schlüsselpersonen im bündnerischen Staatsgebilde zugänglich gemacht und diese davon überzeugt? (vgl. III)*
3. *Wurden die von Heinrich Zschokke vertretenen Ideen im Laufe der Zeit auch tatsächlich umgesetzt? (vgl. IV)*

Schwierig gestaltet sich die konkrete Frage nach dem Einfluss des Wirkens von Heinrich Zschokke deshalb, weil er sich ganz wesentlich an den Ideen der Aufklärung und den Verfassungen des revolutionierten Paris orientiert hat. Wie in vielen europäischen Ländern, wo Sympathien für das Aufklärungsrecht bestanden, hüteten sich die Publizisten und Staatsmänner sorgsam, (französische) Quellen ihrer Postulate und Ideen offen zu deklarieren.³ Die Nennung einer solchen Quelle hätte das Risiko beinhaltet, bereits auf Grund der Angabe der Herkunft einer Idee Antipathie zu wecken. Es finden sich deshalb kaum Hinweise auf Rezeptionen von Ideen des der neuen Lehre verpflichteten Heinrich Zschokke anlässlich der im 19. Jahrhundert durchgeführten kantonalen Verfassungsrevisionen.

Um die Spuren Heinrich Zschokkes, welche er während seinem Aufenthalt zwischen August 1796 und August 1798 in Graubünden hinterlassen hat, nachzeichnen zu können, sind die staatlichen Strukturen Graubündens am Ende des 18. Jahrhunderts, sozusagen die verfassungsrechtliche Ausgangslage für sein Schaffen hierzulande, in wenigen Zügen aufzuzeigen.

³ Vgl. Kölz Alfred, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern 1992, 616 ff.

2. Ein für das Wirken von Heinrich Zschokke nahrhafter Boden im untergehenden Freistaat der Drei Bünde

Der Freistaat der Drei Bünde beruhte auf dem mehrfach durch Gesetze ergänzten Bundesbrief vom 12. September 1524. Staatsqualität kam in diesem Gemeinwesen einzig den Gerichtsgemeinden zu, welche nahezu alle aus mehreren Nachbarschaften oder Dorfschaften (den heutigen Gemeinden) bestanden. Nur die 49 Gerichtsgemeinden verfügten über Staatsgebiet, Staatsvolk und die oberste Staatsgewalt, weshalb der föderalistische Freistaat als Ganzes einen Staatenbund bildete. Der Freistaat der Drei Bünde war sozusagen eine Eidgenossenschaft im Kleinformat.⁴

Die dezentrale Struktur des bündnerischen Staatenbundes mit fehlender Zentralgewalt zerfiel im 18. Jahrhundert langsam unter äusseren Einflüssen und unterschiedlichen inneren Interessenlagen. Der Stern des bündnerischen Freistaates sank gegen Ende des 18. Jahrhunderts immer schneller, was sich äusserlich im Verlust der Herrschaften Veltlin, Bormio und Chiavenna zeigte. Mit dem äusserlich erkennbaren Zerfall begann eine Zeit des Umbruchs und der Neuorientierung. Zschokkes klare Vorstellungen von der Zukunft des Landes fielen somit für die Frage der neuen Ausrichtung des Staatsgebildes in eine günstige Zeit, die aber bekanntlich nicht von harten politischen und auch kriegserischen Auseinandersetzungen verschont geblieben ist.

3. Die Bedeutung der Verfassung um 1800 und deren Steuerungsfähigkeit

Die durchwegs neue Idee einer umfassenden Kodifikation, d.h. eines einheitlichen Grundgesetzes, entwickelte sich erst im ausgehenden 18. Jahrhundert und kam auf dem atlantischen Kreislauf moderner Staatsideen aus nordamerikanischen Einzelstaaten über Frankreich auch in die Schweizerische Eidgenossenschaft und von dort nach Graubünden.⁵ Zukünftig sollten mit einem einzigen Verfassungswerk die Strukturen des Staates und seiner Organe sowie die Rechte und Pflichten der Bürgerinnen und Bürger weitgehendst be-

⁴ Vgl. Rathgeb Christian, Die Verfassungsentwicklung Graubündens im 19. Jahrhundert, Schriften zur Verfassungsgeschichte, Bd. 1, Diss. Zürich 2003, 15 ff., m.w.H.

⁵ Vgl. Kölz Alfred, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004, 919 f., 935 (Der „Atlantische Kreislauf moderner Staatsideen“) und Werner Näf, der Durchbruch des Verfassungsgedankens im 18. Jahrhundert, in: Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte, Bd. 11, Bern 1953.

stimmt werden. Der Verfassung als einheitlichem Grundgesetz des Staates kam in erster Linie Orientierungs-, Ordnungs- und Organisationsfunktion zu.⁶

4. Grundsätzliches zum Aufenthalt von Heinrich Zschokke in Graubünden

Heinrich Zschokke kam am 22. März 1771 als jüngstes von elf Kindern eines Tuchmachermeisters in Magdeburg zur Welt. Im Jahre 1792 erwarb er an der Universität Frankfurt den Doktor der Philosophie und den Magister der freien Künste. Danach war er als Privatdozent tätig. In dieser Zeit entfaltete er eine rege Tätigkeit als Dichter und verfasste Bücher mit schöngeistigem Inhalt, Reisebeschreibungen, Lehrbücher und Theaterstücke.⁷

Heinrich Zschokke gelangte nicht auf Einladung einer Bündner Behörde oder eines politisch einflussreichen Mitglieds, etwa der Familie von Tscharner, von Planta oder Raschein in den Freistaat der Drei Bünde. Es war auch nicht die Mitarbeit bei der Umsetzung der Landesreform von 1794, die sich der in Naturrecht, Geschichte und Theologie gewandte Heinrich Zschokke zum Ziel gesetzt hatte. Obwohl er sicher Interesse an den Menschen im Alpenraum hatte, ist es einem Zufall zu verdanken, dass er sich für zwei Jahre im Bündnerland niederliess. Von Paris über das Unerland und den Oberalppass her kommend, auf der Durchreise nach Mailand und Florenz (Werner Ort spricht von einer „grossangelegten Europatour“⁸), vermisste Zschokke in Chur seinen Reisekoffer, den er von Bern aus über Zürich vorausgeschickt hatte. Um dessen Eintreffen abzuwarten bezog Zschokke in Chur bis auf weiteres Quartier und machte in Kürze Bekanntschaft mit Johann Baptista von Tscharner, dem Gelehrten Johann Peter Nesemann und weiteren Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens. Wie er später schrieb, gab „dieser scheinbar unbedeutende Zufall“ seinem „ganzen Lebensschicksal sehr unerwartet Wendung“.⁹

Dem Missgeschick mit einem Reisekoffer verdankt Graubünden nicht nur zahlreiche äusserst wertvolle (rechts-) geschichtliche Darstellungen und politische Pamphlete zu verschiedensten Zeitfragen und die Ausbildung spä-

⁶ Vgl. Eichenberger Kurt, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, ZSR 110/1991 II, 172 ff.

⁷ Vgl. biographische Angaben von Werner Ort, Heinrich-Zschokke-Gesellschaft, www.hzg.ch; Carl Günther, Heinrich Zschokkes Jugend- und Bildungsjahre (bis 1798). Ein Beitrag zu seiner Lebensgeschichte, Diss. Zürich 1918, 150 ff.

⁸ Ort Werner, Heinrich Zschokke als Leiter des Seminars Reichenau – ein verunglücktes Experiment, Bündner Jahrbuch 2008, 63.

⁹ Johann Heinrich Zschokke, Eine Selbstschau, Schweizer Texte, bearbeitet von Rémy Charbon, Bern 1977, 78, 81.

ter bedeutender Staatsmänner im Geiste der Aufklärung, sondern auch einen Entwurf für eine neue bündnerische Staatsverfassung, die allerdings nicht publiziert wurde. Erst im Jahre 2006 fand der Aargauer Historiker und Zschokke Biograph Werner Ort den verborgenen Verfassungsschatz, der im Bündner Jahrbuch 2008 erstmals abgedruckt wurde.¹⁰ Der Verfassungsentwurf aus dem Jahre 1797 bildet die beste Quelle, um die Ideen Heinrich Zschokkes für die Neugestaltung des bündnerischen Staatswesens zu beurteilen – natürlich im Kontext der übrigen von ihm verfassten Schriften.¹¹

II. Hatte Heinrich Zschokke neue verfassungsgestaltende Ideen?

1. Publikationen von Heinrich Zschokke

Wer heute im Staatsarchiv und in der Kantonsbibliothek Graubünden nach Schriften von Heinrich Zschokke zu Graubünden sucht, der findet zahlreiche davon. Das Standardwerk bildet die zweibändige bei Orell Füssli in Zürich verlegte Bündnergeschichte „Die drey Bünde im hohen Rätien“ (1798). Es ist eine ausführliche, vorerst nur für die Studierenden am Reichenauer Seminar gedachte Darstellung der hiesigen historischen Ereignisse und der bündnerischen Staatsentwicklung. Das Werk entstand im ersten Jahr nach seiner Ankunft in Graubünden und trug ihm das Bündner Landesbürgerrecht ein.

Heinrich Zschokke nahm sich auch vor, „für das unglaublich verwahrloste, verwilderte Volksschulwesen des Landes Besseres anzubahnen“. „Das neue und nützliche Schulbüchlein zum Gebrauch und Unterricht für die wissbegierige Jugend im Bündnerlande“ (1798) zeigt, dass Zschokke die Bildung ganz besonders am Herzen lag und er möglichst breiten Kreisen den Zugang dazu ermöglichen wollte. Es war ihm bewusst, dass nur gebildete Bürger für eine grundlegende Staatsreform bereit sind und sich von den herrschenden Kreisen nicht irre führen lassen. Es galt für Heinrich Zschokke deshalb das Ziel, möglichst weite Kreise des Volkes auszubilden und aufzuklären, wozu er die nötigen Publikationen schaffte. Eine weitere erwähnenswerte Schrift im Lichte unserer Fragestellung ist die Novelle „Die Rose von Disentis“, in der sich Heinrich Zschokke auch mit der Staatsform Graubündens kritisch auseinander setzt und dabei ausführt, diese bilde „nicht weniger als eine Masse

¹⁰ Vgl. Zschokke Heinrich, „Entwurf zu einer Verbesserung der rhätischen Konstitution“, Originalfassung von Heinrich Zschokke (1797), transkribiert von Werner Ort, Bündner Jahrbuch 2008, 85 ff.

¹¹ Vgl. Rathgeb Christian, Heinrich Zschokkes Entwurf für eine Bündner Konstitution (1797), Ein verborgener „Verfassungsschatz“, Bündner Jahrbuch 2008, 75 ff.

von fast dreissig kleinen, ziemlich selbstherrlichen Republiken, dort Hochgerichte genannt, mit besonderen Verfassungen, Gesetzen und Rechten. Eine Schar von Freistaaten [...].¹²

Die mit grosser Sorgfalt redigierten Schriften Heinrich Zschokkes zeugen von fundierten Kenntnissen des bündnerischen Staatsgebildes und seiner Bürger. Es verwundert deshalb nicht, dass Zschokke im November 1797 im Stande war, eine auf die bündnerischen Verhältnisse zugeschnittene und an die Traditionen anknüpfende Verfassung zu entwerfen. Diese gilt es im Folgenden näher zu betrachten.¹³

2. Der Entwurf für eine Bündner Konstitution von Heinrich Zschokke (1797) – eine Sammlung von verfassungsgestaltenden Ideen

Die von Heinrich Zschokke skizzierte Bündner Konstitution ist eine umfangreiche, das Gemeinwesen umfassend regelnde, streng gewaltenteilige und demokratische Verfassung mit einer für die damaligen Verhältnisse sehr starken Zentralgewalt. Zschokkes Entwurf sieht einen Einheitsstaat vor, was deutlich daraus hervor geht, dass die bisherigen autonomen Gerichtsgemeinden nicht mehr „kleine Freistaaten“, sondern „ewig dem Ganzen einverleibt“ sein sollten. Im Vordergrund stand nicht die Volkssouveränität, sondern ein gut funktionierender institutioneller Rahmen des Gesamtstaates. Den bisher einzelnen Familien vorbehaltene Privilegien, der offensichtlichen Willkür und der Käuflichkeit sollte mit starken sich gegenseitig hemmenden Zentralgewalten entgegen getreten werden. Der Verfassungsentwurf umfasst, nach einleitenden Vorbemerkungen, sechs Kapitel mit insgesamt 152 Artikeln, ist übersichtlich, leicht lesbar und verständlich. Das Konzept entsprach dem neuen Gedanken einer umfassenden, aus einem Erlass bestehenden Grundgesetz.

Der Verfassungsentwurf von Heinrich Zschokke aus dem Jahre 1797 ist durch und durch von den Ideen des französischen Aufklärungsrechts geprägt. Zschokke hatte sich vor seiner Ankunft im Bündnerland beste Kenntnisse über die neue Lehre verschafft. In Reichenau, „nur zwei Wegstunden von Chur“ entfernt, wo er sich niederliess und im Seminar seine Lehrtätigkeit entfaltet hatte, befand sich auch der Sitz des französischen Residenten für Graubünden, Florent Guiot (1755-1834), der Zschokke, „fleissig die neuesten

¹² Heinrich Zschokkes Novellen in vier Bänden, 3. Bd., Kleinere Erzählungen, Berlin o.J., 5.

¹³ Vgl. Rathgeb Christian, FN 4, 78 ff.

Neuigkeiten“ aus Paris zutrug. Diese haben im Verfassungsentwurf offensichtlich ihre Spuren hinterlassen.

Am Reichenauer Seminar wurde Naturrecht gelehrt, nach französischem Vorbild wurden unter den Schülern regelmässig Gerichtsverfahren durchgespielt, Szenen aus der Französischen Revolution aufgeführt und Revolutionslieder gesungen. Schliesslich fand sich auch das Zentrum der schweizfreundlichen Patrioten in Reichenau, weshalb man Reichenau als „Jakobinernest“ bezeichnete.¹⁴ Kein Wunder, dass Zschokkes Bündner Konstitution nach französischem Vorbild ausgerechnet in Reichenau entstand.

Im Folgenden ist auf einzelne konkrete Vorschläge Heinrich Zschokkes einzugehen.

3. Zu den einzelnen verfassungsgestaltenden Ideen aus dem Verfassungsentwurf von Heinrich Zschokke von 1797

a. Eine einzige umfassende Kodifikation für den Gesamtstaat

Zschokkes Verfassungsentwurf ist in den Staaten Mitteleuropas einer der ersten, der nach der neuen Konzeption eines umfassenden Grundgesetzes gestaltet war. Dies war in den bündnerischen Verhältnissen neu, wo man auf dem durch Gesetze ergänzten Bundesbrief aus dem Jahre 1524 basierte. Mit seinem Entwurf lag Heinrich Zschokke im Trend der amerikanischen Gliedstaatenverfassungen und der französischen Verfassungen der Aufklärung. Die Idee des einheitlichen Grundgesetzes fand nicht nur, aber auch mit Heinrich Zschokke Eingang in die bündnerische „Verfassungsdebatte“.

b. Staatsform des Einheitsstaates

Heinrich Zschokke brauchte nicht lange, um festzustellen, dass der Freistaat der Drei Bünde kein Bundesstaat, sondern ein sehr lockerer Staatenbund, bestehend aus den Gerichtsgemeinden als Gliedstaaten, war. Nicht nur in der Novelle „Die Rose von Disentis“, sondern auch in seiner Bündnergeschichte hat er diesbezüglich auf die Problematik des fehlenden Zusammenhalts und der ungünstigen Staatsform hingewiesen.¹⁵

Die neue Staatsform sollte sich am Vorbild Frankreichs orientieren. Vorgeschlagen wurde ein Einheitsstaat mit einer starken Zentralgewalt. Für die in

¹⁴ Vgl. Rufer Alfred, Vier bündnerische Schulrepubliken aus der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, Bern 1921, 19; vgl. Rufer Alfred, Johann Peter Nesemann und seine Zeit, Neue Bündner Zeitung, Chur, 1963, 14 ff.

¹⁵ Vgl. Heinrich Zschokkes Novellen, FN 12, 5.

kleinen überschaubaren Gerichtsgemeinden lebenden und sich an dieser orientierenden Bündner hätte diese Staatsorganisation ohne Zweifel ein sehr grosser Schritt bedeutet! Begeisterung für diese Idee konnte deshalb hierzulande kaum aufkommen.

c. *Starke Zentralgewalt mit Gewaltentrennung nach der Lehre von Montesquieu*

Der Freistaat der Drei Bünde folgte nicht dem Prinzip der horizontalen Gewaltenteilung nach Montesquieu. Der Freistaat kannte aber verschiedene Formen der vertikalen Machtaufteilung. Die Gerichtsgemeinden waren für alles zuständig, was als wichtig betrachtet wurde, sei es rechtsetzender, ausführender oder schlichtender Natur. Der Bundestag sowie der Kleine und Grosse Kongress besorgten die Geschäfte des Staatenbundes. So bestand eine Art vertikale Gewaltenteilung.¹⁶ Der Vorschlag Heinrich Zschokkes, einer strengen Trennung der Gewalten nach Montesquieu zu folgen, passte nicht auf die bestehenden Verhältnisse, sondern war aus der aufgeklärten französischen Doktrin übernommen.

d. *Vierte überwachende Staatsgewalt (Verfassungsgerichtsbarkeit)*

Heinrich Zschokke schlug nebst den traditionellen, eine vierte „beobachtende“ Staatsgewalt vor, die er „Staatssyndikus“ nannte. Dieser Staatssyndikus sollte „Wächter der Constitution, sowie Hüter der Volksrechte“ sein. „Daher soll jedes Gesetz, jedes Urtheil des Landtags und des hohen Rathes von ihm untersucht, mit dem Geist der Constitution und der Gesezze verglichen, und unterschrieben werden. Findet er aber irgend in einer Handlung der Regierung etwas der Constitution Widerlaufendes, so soll er sein Veto dagegen stellen, und die Unterschrift verweigern“.

Der Staatssyndikus hat nach dem Verfassungsvorschlag von Zschokke in alle Geschäfte Einblick. Die Regierung muss ihm auf Verlangen besondere Rechenschaft ablegen. Im Falle von verfassungswidrigen Handlungen derselben kann er „in Eil den Landtag der Gesetzgeber und Richter, oder einen Ausschuss derselben“ zusammenrufen, „sein Veto“ einlegen und damit „alle verdächtigen Unternehmungen lähmen“. Aber auch der Staatssyndikus schwebt nicht ohne jegliche Kontrolle über den anderen drei Staatsgewalten. Er hat dem Landtag alljährlich „gewissenhafte Rechenschaft von seiner

¹⁶ Vgl. Rathgeb Christian, FN 4, 15 ff.

Amtsführung abzulegen, und von demselben jährlich seine Amtsbestätigung oder Entlassung zu erwarten“.

Heinrich Zschokke dürfte sich bei der Ausarbeitung dieser interessanten Idee an Constants Vorschlägen eines institutionalisierten Verfassungshüters orientiert haben. Mangels eines Monarchen kam für Zschokke auf Grund seiner demokratischen Gesinnung und der Kenntnisse der bündnerischen Verhältnisse nur ein vom Volk gewählter Bürger für diese Aufgabe in Frage, den er „Staatssyndikus“ („Anwalt des Staates“) nannte. In ihren Vorschlägen bestätigt sahen sich sowohl Constant als auch Zschokke in der französischen Verfassung von 1791, die ein königliches Veto gegen Parlamentsbeschlüsse enthielt und damit bei verfassungswidrigen Beschlüssen dem Parlament Einhalt bieten sollte.¹⁷

Ziel des „beobachtenden“ Staatssyndikus war die Gewaltenhemmung: Keine der drei herkömmlichen Staatsgewalten darf nach Zschokke „in das Gebiet der andern eingreifen, und um dies zu verhüten wird zum Schutz der Constitution und der Volksrechte gegen jene drei Gewalten errichtet eine vierte.“ Der Staatssyndikus war eine institutionalisierte Verfassungsgerichtsbarkeit, die – nicht wie heute durch eine der drei bestehenden, sondern – durch eine vierte Staatsgewalt wahrgenommen werden sollte.

e. *Berücksichtigung der Sprachregionen (Territorialitätsprinzip)*

In Zschokkes Verfassungsentwurf wird gleich zu Beginn des zweiten Kapitels „Eintheilung und Rechte des Volks“ klargestellt, dass die „Republik der Grisonen“ ein „einzigiger, unzertrennlicher, und untrennbarer Staat“ sei. Die bisherigen drei Bünde werden aufgehoben. „Rhätien ist künftig in drei grosse Landschaften eingetheilt, nach den verschiedenen Sprachen der Landesbewohner. 1. In die deutsche Landschaft; 2. in die romanische Landschaft; 3. in die italiänische-ladinische Landschaft.“ Die Landschaften wiederum werden wie bisher in Hochgerichte und Gerichtsgemeinden eingeteilt. Der Consul oder Sachwalter der Landschaft hat die Verbindung zu den Zentralbehörden sicherzustellen, weshalb er die „deutsche und seiner Landschaft Sprache vollkommen inne haben muss“. Die Kompetenzen der drei Landschaften liegen nahezu ausschliesslich im Aufstellen eines Landschaftsheeres unter Leitung eines Generals. Dann aber haben sie auch einen Dekan, der Wahlen von Predigern und Lehrern zu genehmigen hat, „damit nicht schlechte Subjekte die ehrwürdigen Stellen bekleiden“. Schliesslich sollte jede Landschaft „ihre eigne Bibliothek besitzen“.

¹⁷ Vgl. Kölz Alfred, FN 3, 74 ff.

Auch die Idee eines verfassungsrechtlich definierten sprachlichen Territoriums verbunden mit Anforderungen an die Sprachkenntnis der Amtsinhaber war neu und für Graubünden wegweisend. Das von Heinrich Zschokke vorgeschlagene Territorialitätsprinzip gelangte erst mit der Kantonsverfassung von 2003 ins formelle bündnerische Verfassungsrecht.¹⁸

f. Bildungsverfassung

Das letzte Kapitel des Verfassungsentwurfs ist dem Kirchen- und Schulwesen gewidmet. Die „hohe Landesschule“ (Kantonsschule) sollte – „unentgeltlich“ – nebst Mathematik, auch Theologie, Geschichte, Philosophie und „vaterländische Rechts- und Staatswissenschaften“ vermitteln. Wohl zur Förderung der Motivation, aber auch zur Bekanntmachung sollten „jährlich einmahl“ die „fähigsten, fleissigsten und rechtschaffensten Zöglinge in den Gemeindeschulen“ wie auch jene der hohen Landesschulen „in den öffentlichen Blättern der Republik“ genannt werden. Der Geschichte kam nicht nur im Unterricht besondere Bedeutung zu. Auch sollten „von allen in der Republik gedruckten, oder verlegten Werken [...] drei Exemplarien gratis an die Landesbibliothek abgeliefert werden“. Jede der drei Sprachgemeinschaften (Landschaften) sollte eine „eigene Bibliothek besitzen“.

Heinrich Zschokke hat seine im Entwurf skizzierten Ideen einer Bildungsverfassung so weit es ihm möglich war, im Reichenauer Seminar umgesetzt.

Fazit: Heinrich Zschokke hatte klare Vorstellungen, wie Graubünden neu zu gestalten war. Er hatte mit den aufgezählten Vorschlägen unzweifelhaft verfassungsgestaltende Ideen und war im Stande, diese dank seinen fundierten Kenntnissen des Landes auf die bündnerischen Verhältnisse auszurichten. Mit der Übernahme historischer Bezeichnungen versuchte er zudem, den Schein der alten Ordnung mit äusserlichen „Kontinuitätsbrücken“ geschickt zu wahren.

¹⁸ Vgl. Kommentar Kantonsverfassung Graubünden, Art. 3 Rz., 1 ff.

III. Hat Heinrich Zschokke seine verfassungs-gestaltenden Ideen publiziert oder anderweitig kompetenten Schlüsselpersonen im bündnerischen Staatsgebilde zugänglich gemacht und diese davon überzeugt?

Der im Herbst 1797 entstandene Entwurf für eine neue Bündner Verfassung war von Heinrich Zschokke für die Publikation in dem von ihm herausgegebenen „Helvetischen Volksfreund“ vorgesehen. Doch dieser ging im Oktober 1797 ein, und eine Alternative für die Veröffentlichung anerbote sich nicht. Heinrich Zschokke stellte den Verfassungsentwurf deshalb am 27. November 1797 dem Standespräsidenten und Teilhaber am Reichenauer Seminar, Johann Baptista von Tscharner, zur Begutachtung zu. In einem Begleitbrief¹⁹ machte er auf die „ziemlich dicke Beilage“ aufmerksam. Zschokke erachtete den Zeitpunkt als günstig, witterte sogar eine nicht wiederkehrende Chance, um die Bündner Konstitution zu erneuern. Von Tscharner legte den Entwurf Zschokkes einfach zu den Akten. Auf Grund eines Briefes²⁰ vom 19. Januar 1798 von Zschokke an von Tscharner muss davon ausgegangen werden, dass von Tscharner auf den Brief und den Entwurf nicht reagiert hat.

Die übrigen Publikationen Heinrich Zschokkes enthalten zwar auch kritische Auseinandersetzungen mit dem Verfassungsrecht, doch sind sie nicht eine derart kompakte und ausgereifte Sammlung seiner Ideen wie der vorliegende Verfassungsentwurf.

An dieser Stelle rückt nun Heinrich Zschokke als Lehrer am Seminar in Reichenau in den Vordergrund und es ist ein Blick auf dieses Bildungsinstitut zu werfen. Die von Johann Baptista von Tscharner geförderte Nationalschule von Jenins war 1793 im Reichenauer Seminar aufgegangen. Am Reichenauer Seminar ging es nicht nur um Können, Weitsicht und Offenheit, sondern um die Erziehung junger Bündner Patrioten. Der Unterricht stand bewusst im Dienste der neuen freiheitlichen Ideen. Dies verwundert nicht, prägten die leitenden Köpfe der Reichenauer Schule gleichzeitig auch den Patriotenbund. Die Bezeichnung des Reichenauer Seminars als „Pflanzschule des Jakobinismus“ hatte wohl seine Berechtigung. Alfred Rufer nennt Reichenau „eine Schule der Demokratie und Aufklärung“.²¹ Es ging darum, junge Bündner zu bewussten Republikanern, zu Magistraten und Staatsmännern heranzuziehen. In den oberen Klassen war Philosophie, Naturrecht, allgemeines Staatsrecht

¹⁹ Staatsarchiv Graubünden, D V/3 151.425.

²⁰ Staatsarchiv Graubünden, D V/3 151.492.

²¹ Rufer Alfred, Johann Peter Nesemann und seine Zeit, Neue Bündner Zeitung, Chur 1963, 19.

und Polizeirecht ein zentrales Fach. Anfang Dezember 1797 waren 36 Schüler registriert, davon – und dies ist für die vorliegende Betrachtung von Bedeutung – 26 aus Graubünden.

Es war gerade das Ziel des Seminars, die jungen Bündner Studierenden mit der neuen französischen Lehre vertraut zu machen und sie auf ihre politischen Laufbahnen im eigenen Lande vorzubereiten. Die Zukunftsgestaltung des eigenen Landes nahm daher im Lehrplan eine wichtige Stellung ein. Heinrich Zschokke war mit seinen fundierten Kenntnissen über Land und Leute sowie mit seinen konkreten Vorstellungen über die Zukunftsgestaltung dazu bestens befähigt. Hier fand Zschokke eine ausgezeichnete Plattform, um seine Vorstellungen eines modernen Staatswesens jenen aufzuzeigen, welche in absehbarer Zeit die Geschicke des Landes zu übernehmen hatten.

Die Ideen aus dem Verfassungsentwurf Zschokkes bildeten zentralen Gegenstand des Unterrichts am Reichenauer Seminar. Mit der beabsichtigten Publikation des Verfassungsentwurfs sollte die Grundlage für eine breite Diskussion geschaffen werden. Das zweibändige Werk „Die drey Bünde im hohen Rätien“ wurde eigens für den Unterricht in Reichenau verfasst. Das Fach der Staatskunde eignete sich vorzüglich, um diese Fragen der neuen Ausrichtung des Landes mit den zukünftigen Bündner Magistraten eingehend zu erörtern.

Fazit: Heinrich Zschokke hat seine verfassungsgestaltenden Vorschläge in Novellen, Aufsätzen, Büchern und zusammenfassend in einem auf das bündnerische Staatswesen zugeschnittenen Verfassungsentwurf dargelegt. Die Publikation des Verfassungsentwurfs gelang aus mysteriösen Umständen zwar nicht. Die Tatsache aber, dass der Entwurf einer breiten Leserschaft zugänglich gemacht werden sollte, zeigt, dass dieser nicht als internes Schulungsdokument oder bloss als Studie dienen sollte. Im Reichenauer Seminar wurden zukünftige Schlüsselpersonen des bündnerischen Staates ausgebildet und auf die neuen Ideen eingeschworen. Die der Schrift kundigen Bürger wurden mittels Schulbücher, der zweibändigen Bündnergeschichte und weiterer Novellen aufgeklärt und mit der neuen Lehre vertraut gemacht. Dazu bestand allerdings – und dies ist auch zu bedenken – nur relativ wenig Zeit. Zschokkes Aufenthalt in Graubünden endete auf Grund der kriegesischen Auseinandersetzungen abrupt bereits zwei Jahre nach seiner Niederlassung. Wenn damit auch Heinrich Zschokkes Stimme im Schulzimmer in Reichenau verstummte, hinterliess seine politische Aufklärung des Bildungsbürgertums sowie der angehenden Führungsschicht in den Köpfen vieler bedeutender Bündner deutliche Spuren.

IV. Wurden die von Heinrich Zschokke vertretenen Ideen im Laufe der Zeit auch effektiv umgesetzt?

Diese Betrachtung beschränkt sich auf die fünf bereits dargelegten Ideen von Heinrich Zschokke, die es einzeln bezüglich ihrer Umsetzung zu beurteilen gilt:

a. Eine einzige umfassende Kodifikation für den Gesamtstaat

Wie bereits ausgeführt, basierte der Freistaat der Drei Bünde auf dem Bundesbrief von 1524 und wurde im Laufe der Zeit durch eine Vielzahl von Gesetzen, die materiell Verfassungsrecht darstellten, ergänzt.

Erst mit der helvetischen Kantonsverfassung von 1801, die den Bündnern mehr oder weniger aufgezwungen wurde, erlangte Graubünden erstmals eine Verfassung nach dem neuen Verfassungsgedanken, damit also eine umfassende einheitliche Kodifikation. Die erste Kantonsverfassung war die Mediationsverfassung von 1803, die auch dem neuen Prinzip folgte, jedoch Teil einer eidgenössischen Kodifikation bildete.

Zschokke hat mit seinem Verfassungsentwurf diesen Weg einer einheitlichen Kodifikation vorgezeichnet. Das war insofern nichts Aussergewöhnliches, als in allen Gliedstaaten der Eidgenossenschaft dasselbe geschah. Dennoch ging Heinrich Zschokke damit voran und hat auch in seinem Unterricht in Reichenau diese moderne Vorstellung eines einheitlichen Grundgesetzes gelehrt und den Weg dafür in Graubünden geebnet.

b. Staatsform des Einheitsstaates

In seiner Bündnergeschichte hat Heinrich Zschokke, wie auch in weiteren Publikationen, den überspitzten Bündner Föderalismus dargestellt und kritisch hinterfragt. Mit der Staatsform des Einheitsstaates, verbunden mit einer starken Zentralgewalt, sollte dem tief verwurzelten und gelebten Föderalismus Abhilfe geschaffen werden.

Mit dem Untergang des Freistaates der Drei Bünde gab Graubünden zwar die Staatsform des Staatenbundes auf, behielt aber eine äusserst föderalistische Struktur. Denn die Gerichtsgemeinden verfügten nach wie vor über umfangreiche Kompetenzen und waren nach wie vor die massgebenden willensbildenden Organe, welche die Beschlüsse des Gesamtstaates zu fassen hatten.

Graubünden ab 1803 wird deshalb in der Lehre nicht als reiner Einheitsstaat, sondern als atypischer Bundesstaat bezeichnet.²²

Bezüglich der Staatsform hat Zschokke die Entwicklung vorweggenommen und dies nicht nur mit seinem Verfassungsvorschlag. Er hat mit der dazugehörigen Lehre im Unterricht den Boden für diese Entwicklung massgebend mitbeeinflusst.

c. Starke Zentralgewalt mit Gewaltentrennung nach Montesquieu

Auch mit dem Vorschlag einer klassischen Gewaltentrennung zeichnete Heinrich Zschokke ein Stück weit die spätere Entwicklung vor und lag damit im Trend der neueren Verfassungen in Europa, aber auch in den einzelnen Gliedstaaten der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Graubünden erlangte erst mit der Abschaffung der Standeskommission im Jahre 1880 eine weitgehende Gewaltentrennung im Sinne der Lehre von Montesquieu.

d. Vierte überwachende Staatsgewalt (Verfassungsgerichtsbarkeit)

Der Vorschlag, eine vierte überwachende Staatsgewalt einzuführen fand in Graubünden keine Verwirklichung. Aber auch mit der Idee des überwachenden und kontrollierenden Staatssyndikus – heute würde man von Verfassungsgerichtsbarkeit sprechen – widmete sich Heinrich Zschokke einem Problem des bündnerischen Verfassungsrechts. Bereits bei der Landesreform von 1794 bestanden nämlich Bestrebungen, den Schutz der Verfassung zu gewährleisten. Auch Johann Baptista von Tschärner widmete sich in seinen Publikationen diesem Problem und zeigte Lösungsansätze für eine Machtkontrolle und Balance zwischen den Staatsgewalten auf.²³

Der im Jahre 2003 eingeführte Art. 55 der Kantonsverfassung, der eine Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Verwaltungsgericht statuiert, ist zwar eine Spätfolge von Zschokkes Idee eines Kontrollmechanismus, ist aber nicht direkt auf Zschokke zurückzuführen. Dennoch zeigt der Vorschlag Zschokkes einerseits die Vertrautheit mit der aufgeklärten Lehre, andererseits aber auch mit den hierzulande bestehenden Bedürfnissen, auf welche der Staatssyndikus bestens zugeschnitten war.

²² Vgl. Rathgeb Christian, Zur Staatsform Graubündens, vom Staatenbund über den Einheitsstaat zum Bundesstaat, Bündner Monatsblatt, 4/2003, 321 ff.

²³ Vgl. Rathgeb Christian, FN 4, 31 ff.

e. *Berücksichtigung der Sprachregionen (Territorialitätsprinzip)*

Auch dieser Vorschlag von Heinrich Zschokke fand im 19. Jahrhundert keinen Eingang ins Verfassungsrecht im formellen Sinn. Er ist aber ganz besonders aus heutiger Sicht interessant. Art. 70 Abs. 2 der Bundesverfassung, wie auch Art. 3 Abs. 3 der Kantonsverfassung, sehen im Sprachenrecht das Territorialitätsprinzip vor.²⁴ Das massgebende Anknüpfungskriterium ist also das Gebiet, in dem eine Sprache gesprochen wird. Damit knüpft die heutige Kantonsverfassung am gleichen Kriterium an, wie es bereits der Entwurf von Heinrich Zschokke vorsah. Mit der Schaffung von Sprachregionen, wie sie Zschokke zu realisieren versuchte, hätten auf Gesetzesebene die Rechte der einzelnen Sprachgemeinschaften näher präzisiert werden können.

Zschokkes Vorschlag kann durchaus als erste Idee für ein Territorialitätsprinzip im bündnerischen Sprachenrecht betrachtet werden. Es bleibt zwar Spekulation, doch der Vorschlag Zschokkes hätte beste Chancen gehabt, die Sprachentwicklung in Graubünden sehr positiv zu beeinflussen – zu Gunsten der beiden Minderheitensprachen Romanisch und Italienisch.

f. *Bildungsverfassung*

Im Bereich der Bündner Bildungsverfassung hat Heinrich Zschokke besonders nachhaltig gewirkt. Wenn auch das Reichenauer Seminar auf Grund der bündnerischen Wirren bald nach der Flucht Zschokkes einging, so blieb es ein Vorbild für spätere Bündner Bildungsinstitute. Der Grosse Rat entschloss sich im Jahre 1810, in Anlehnung an das Reichenauer Seminar, mit einem Lehrstuhl für Rechtswissenschaften an der Kantonsschule eine Schmiede für zukünftige Richter, Staatsmänner und Advokaten zu gründen.²⁵ Dieser Lehrstuhl, der mit dem späteren St. Galler Bischof, dem Obersaxer Peter Mirer, besetzt wurde, entsprach weitgehend den Vorstellungen von Heinrich Zschokke.²⁶ Mindestens damit hat Zschokke mit seinen Grundlagen wesentlich dazu beigetragen, dass sich die verantwortlichen Mitglieder des Grossen Rates der Bedeutung der politischen Bildung bewusst waren.

²⁴ Vgl. Kommentar Kantonsverfassung Graubünden, Art. 3 Rz., 9 ff.

²⁵ Vgl. Rathgeb Christian, FN 4, 81 f.

²⁶ Vgl. Maissen Felici, Bischof Johann Peter Mirer, in: Bedeutende Bündner aus fünf Jahrhunderten, Bd. I, Chur 1970, 453 ff.

V. Schlussfolgerung

Werner Ort hat darauf hingewiesen, dass bei Heinrich Zschokke in Graubünden, je nach Optik, vom Gelehrten, vom Historiker, vom Politiker oder vom Pädagogen gesprochen werden kann.²⁷

Gerade dieses vielschichtige Engagement führt dazu, dass Zschokke in Graubünden nachhaltig Spuren hinterlassen hat. Die eingangs aufgeworfene Frage nach seinem Einfluss auf das bündnerische Verfassungsrecht kann aus meiner Sicht nur dahingehend beantwortet werden, als ein solcher in nachhaltiger Weise bestand.

Die Tatsache, dass die Homepage des Kantons Graubünden auf der ersten Seite Heinrich Zschokke mit den Worten, Graubünden sei „*Eine eigene Schweiz in der Schweiz*“ zitiert, zeigt, wie lebhaft Zschokke in Erinnerung geblieben ist.²⁸

²⁷ Vgl. Ort Werner, Heinrich Zschokke in Graubünden - ein Meilenstein in seiner Biografie? Referat an der Jahresversammlung der Heinrich-Zschokke-Gesellschaft vom 23. Juni 2006, 5.

²⁸ www.gr.ch/DE/Kanton/Ueberblick/Seiten/GraubundenimUeberblick.aspx; vgl. etwa auch Rhiiblatt, Wochenzeitung der Suedostschweiz vom 5. März 2010, 1 ff.

*Luc Gonin**

DE L'INFLUENCE DE LA NATION DANS L'ÉMERGENCE DE L'ÉTAT MODERNE FRANÇAIS (1789–1945)

Introduction

En France, un Etat moderne se développe à partir de 1789 pour se renforcer jusqu'en 1945. Par Etat moderne, nous entendons une puissance publique fondée sur le principe de démocratie, prenant à sa charge partie ou intégralité des questions sociétales, une autorité cherchant à se faire providence, à fortement influencer l'ordre économique et trouvant dans l'idée de nation une notion supérieure, voire métaphysique. En outre, cet Etat se base sur le principe de rationalité et obéit au paradigme d'expansion de ses compétences. La puissance publique moderne est enfin indissociable du droit, notamment constitutionnel, qui en forme la charpente.

Dans le présent article, nous nous arrêterons plus particulièrement sur l'idée de nation. Nous nous efforcerons de démontrer combien celle-ci contribue à mener l'Etat moderne vers son apogée aux environs de 1945. En effet, la nation deviendra, en un siècle et demi, une variable centrale de l'équation politique française, s'en venant concurrencer puis détrôner la couronne et s'en prenant au cœur même de l'homme. Cette idée politique forte bénéficiera, au surplus, du soutien inconditionnel de l'autorité, en particulier par le biais des armées et des instituteurs. L'influence de la nation sera telle que l'Etat de 1789 se muera, à tout le moins en 1945, en Etat-nation, consommant ainsi un mariage ayant mis l'Europe à feu et à sang.

Pour défendre notre conception de l'évolution de l'Etat français de 1789 à 1945 et l'influence de la nation sur celle-ci, nous adopterons une logique diachronique intégrant également des aspects sociologiques. L'on ne pourra en effet appréhender la nation sans réfléchir au droit certes, mais aussi à l'homme et à sa société.

* Luc Gonin est doctorant et assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève. L'auteur tient à chaleureusement remercier Me Charlotte Fèvre, doctorante et assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour sa précieuse relecture et ses remarques pertinentes.

Nous espérons que nos réflexions permettront au juriste postmoderne de mieux saisir cette modernité dont les structures juridiques européennes sont encore fortement marquées et qu'elles éclaireront l'évolution actuelle des structures étatiques sous un angle original.

I. La complexité de la question nationale

La polysémie du substantif « nation » porte déjà à confusion¹ ; celle-ci explique la richesse du débat académique qui entoure ladite notion. Ainsi, concurrençant les modernistes qui affirment l'essentialité de la rupture politique, culturelle et économique entre la société agraire prérévolutionnaire et le monde industrialisé dans l'émergence du nationalisme moderne², les pérennialistes soutiennent qu'il y a continuité entre la structure sociétale de l'Ancien Régime et celle de l'époque postrévolutionnaire et insistent notamment sur les origines ethniques de la nation³, cependant que les diffusionnistes ou fonctionnalistes perçoivent en la nation un transfert idéologique et religieux : celle-ci, dans un monde voué au dieu de la raison scientifique, supplanterait la croyance religieuse et répondrait efficacement à la disparition de l'ordre so-

¹ Josette Rey-Debove/Alain Rey, *Le Petit Robert – Dictionnaire de la langue française*, Paris 2003, p. 1710.

² Gellner est un des principaux représentants du courant moderniste qui, outre sa conviction de l'importance du passage d'une société agraire à une société industrielle pour la formation de nations modernes, affirme notamment que « [c]'est le nationalisme qui crée les nations et non pas le contraire », et défend également que « [l]e nationalisme consiste essentiellement à imposer, globalement à la société, une haute culture là où la population, dans sa majorité, voire sa totalité, vivait dans des cultures inférieures » (Ernest Gellner, *Nations et nationalisme*, Paris 1989, p. 86 et p. 88). Au sein du courant moderniste, il sied également de relever Anderson pour qui les nations représentent des communautés imaginées (Benedict Anderson, *Imagined Communities – Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres 1983, not. p. 16) et Hobsbawm qui rejoint Gellner en ce qu'il voit en la nation le fruit des Etats et non l'opposé et qu'il s'attarde sur la part d'artefact qu'il y a dans la genèse des nations : « J'insisterai en outre avec Gellner sur la part de l'artefact, de l'invention et de la création délibérée appliquée au social dans la genèse des nations (...). Ce ne sont pas les nations qui font les Etats et le nationalisme ; c'est l'inverse » (Eric Hobsbawm, *Nations et nationalisme depuis 1780 – Programme, mythe, réalité*, Paris 1992, p. 20).

³ Smith, notamment, cherche à montrer que les représentants du courant moderniste accordent une importance surfaite à la rupture économique causée par la révolution industrielle et fait de l'ethnie un fondement essentiel des nations modernes (Anthony D. Smith, *The ethnic origins of Nations*, Oxford 1986, p. 216 ; cf., également, Clifford Geertz, *Old societies and new States : The quest for Modernity*, New York/Londres 1963, not. p. 109).

cial médiéval⁴. A ces différentes écoles s'ajoutent deux courants principaux qui défendent soit la nation élective, chère à Renan⁵, soit la nation ethnoculturelle dont Herder se fait le chantre⁶.

La nation forme donc une équation d'une complexité extrême dont il nous faut, dans un premier temps, analyser l'émergence sur le plan politique lors de la Révolution française.

⁴ Ainsi, ne rejetant pas en bloc les thèses soutenues par les modernistes et les pérennialistes, les fonctionnalistes, à l'instar de Kerdourie, insistent sur la perte de repères de l'individu dans une société en pleine mutation et sur le rôle de substitut à l'ordre ancien que joue l'idée de nation. La nation permet dès lors de retrouver une cohésion sociale dans un univers en atomisation (Astrid von Busekist, *Nations et nationalismes – XIX^e–XX^e siècle*, Paris 1998, p. 16s.) et certains auteurs soulignent la nature quasi religieuse de la nation et l'espoir que l'individu place en elle (Boyd C. Shafer, *Le nationalisme : mythe et réalité*, Paris 1964, p. 131).

⁵ « Une nation est donc une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore. Elle suppose un passé ; elle se résume pourtant dans le présent par un fait tangible : le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune. L'existence d'une nation est (pardonnez-moi cette métaphore) un plébiscite de tous les jours », soutient Renan (Ernest Renan, *Œuvres complètes d'Ernest Renan – La réforme intellectuelle et morale*, tome I, Paris 1947, p. 54 et s. ; cf., également, Christian Behrendt / Frédéric Bouhon, *Introduction à la Théorie générale de l'Etat – Manuel*, Bruxelles 2009, p. 32 ; Gilles Martinet, *Le réveil des nationalismes français*, Paris 1994, p. 17s.). Dans le même passage, Renan parle de la nation comme d'une « âme », d'un « principe spirituel » (Renan (note 5) p. 54 ; cf., également, Ernst-Wolfgang Boeckenfoerde, *Staat, Nation, Europa – Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Francfort 1999, p. 34ss ; Georges Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, 3^e édition, Paris 1980, not. p. 123). Renan se place de la sorte dans la ligne de Mill (John S. Mill, *Considerations on representative Government*, Washington/South Bend 1962, p. 307).

⁶ Face au morcellement politique des territoires germaniques, Herder défend en effet l'unité de l'ordre sociétal allemand, notamment en raison de sa langue commune (Johann G. Herder, *Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité*, Paris 1991, p. 135). Il s'ensuit que la nation serait moins le fruit d'un plébiscite quotidien, comme le soutient Renan, que celui d'une culture commune, d'une appartenance à laquelle l'on ne puit se dérober : la « *Kulturnation* », c'est-à-dire la nation ethnoculturelle, est née (Gil Delannoi, *Sociologie de la nation – Fondements théoriques et expériences historiques*, Paris 1999, p. 132ss ; Walter C. Opello/Stephen J. Rosow, *The Nation-State and global order – A historical introduction to contemporary politics*, Boulder/Londres 1999, p. 127).

II. Nation, Etat et Révolution

A. Remarques liminaires

Au cours des épisodes de la Révolution française, la nation fait son apparition au premier plan ; en sus d'une assemblée qui s'affirme « nationale »⁷ et qui aspire à prendre en main les destinées de la nouvelle puissance publique, la Constitution de 1791 déjà fait d'elle une actrice essentielle de la société post-féodale⁸. Par ailleurs, il convient de rappeler que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 lui accorde une importance primordiale.

B. L'Assemblée nationale française

Le 5 juillet 1788, Louis XVI prend la décision de principe de convoquer des Etats Généraux qui, depuis 1614, étaient pleinement tombés en désuétude⁹. Cette décision prise, se posent deux problèmes majeurs : les divers ordres vont-ils bénéficier d'un nombre égal de représentants, comme c'était le cas jusqu'alors, ou les rapports doivent-ils être corrigés ? Et : chaque membre des Etats Généraux disposera-t-il d'une voix lors de l'adoption de décisions ou poursuivra-t-on la coutume du vote par ordre ? Ce sont là deux questions centrales devant impérativement être résolues aux fins de permettre l'avènement d'un ordre politique et sociétal moderne en France¹⁰. Le 5 mai 1789 a

⁷ Marcel Gauchet, *La révolution des pouvoirs – La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789–1799*, Paris 1995, p. 55s. ; Pierre-Clément Timbal/André Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris 2004, p. 501s.

⁸ Ainsi, l'article 1^{er} du troisième chapitre de la Constitution du 3 septembre 1791 consacre le principe de la souveraineté de la nation tandis que l'article 2 dudit chapitre précise, quant à lui, que c'est de la nation qu'émanent tous les pouvoirs politiques.

⁹ Marcel Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789–1958)*, 7^e édition, Paris 2002, p. 31s.

¹⁰ En effet, faire l'affront au Tiers Etat de ne lui donner qu'un tiers des représentants risque de provoquer une véritable insurrection révolutionnaire eu égard à son poids démographique et économique. Pour ces raisons, Necker, rappelé aux affaires par Louis XVI, propose le doublement des voix du Tiers Etat (Albert Soboul, *La Révolution française*, Paris 1982, p. 140). Il donne ainsi partiellement raison à Sieyès qui demande, pour le Tiers Etat, « une influence au moins égale à celle des privilégiés » et « un nombre de représentants égal à celui des deux autres ordres ensemble » (Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, Paris 1982, p. 37). En ce qui concerne le vote par tête ou par ordre, la monarchie renonce à se positionner clairement ; l'enjeu, pourtant, est de taille : en conservant le vote par ordre, le Tiers Etat, aussi nombreux ses représentants soient-ils, court l'immense péril de se retrouver plus qu'à son tour en minorité, tandis que si le principe d'un vote par personne est adopté, il a de réelles chances de pouvoir faire passer la rampe à ses décisions, quelque audacieuses qu'elles soient. Ainsi, le vote par tête menace l'ordre sociétal de l'Ancien Régime en son es-

lieu la séance d'ouverture des Etats Généraux ; la question du vote n'étant pas encore réglée, les députés du Tiers Etat refusent d'examiner la validité des mandats par ordres séparés. Il s'agit d'une véritable passe d'armes au sein de la société française : en effet, si le Tiers Etat parvient à faire triompher ses vœux, l'ancienne division tripartite de la France rejoindra l'Histoire cependant que la faiblesse de la couronne ne s'en fera que plus criante. Le 6 mai déjà, les députés du Tiers Etat prennent, à l'instar du système britannique, le nom de Communes et font pression sur les membres des ordres privilégiés pour que l'on procède communément à l'examen de la validité des mandats ; ces derniers, néanmoins, s'obstinent dans leur refus, en particulier la noblesse¹¹. Le 10 juin 1789, les Communes passent à l'offensive en enjoignant une ultime fois aux représentants du clergé et de la noblesse de procéder à la validation des mandats ensemble, faute de quoi l'on s'exécuterait en l'absence des anciennes élites. Cet exercice sur la corde raide du Tiers Etat s'achève brillamment pour lui : en effet, trois curés répondent à l'appel de leur nom par le Tiers Etat le 13 juin déjà, cependant que six autres agissent de même le jour suivant et que, enfin, dix membres du clergé rejoignent les représentants du Tiers Etat le 16 juin¹². Le 17 juin 1789, la moins favorisée des trois classes de l'Ancien Régime et les quelques représentants des ordres privilégiés ayant rejoint ses rangs constituent l'Assemblée nationale, appellation proposée par le député LEGRAND, et acceptée par 491 voix contre 90¹³.

L'avènement de l'Assemblée nationale coïncide avec celui d'une nouvelle conception politique : celle de « souveraineté nationale ». C'est là, au niveau juridique, la nature profondément révolutionnaire de l'évolution des Etats Généraux ; en effet, l'on assiste à un transfert de souveraineté de la couronne à l'Assemblée¹⁴. Face à cette insurrection, la puissance monarchique somme le 20 juin le Tiers Etat de rejoindre les autres ordres. En vain. Plutôt que d'obtempérer, les députés font le serment de ne se quitter qu'une

sence même (Yves Guchet, *Histoire constitutionnelle de la France – 1789–1974*, 3^e édition, Paris 1993, p. 33s.).

¹¹ Morabito (note 9), p. 40s.

¹² Guchet (note 10), p. 38.

¹³ Les débats entourant le choix d'une dénomination pour la nouvelle entité démontrent la conscience qu'ont les députés du Tiers Etat du tournant historique de leurs actions (François Furet/Ran Halevi, *Orateurs de la Révolution française – Les Constituants*, vol. I, Paris 1989, p. 641s.).

¹⁴ La Déclaration sur la constitution de l'Assemblée du 17 juin 1789 prévoit ainsi qu'elle seule possède le pouvoir « d'interpréter et de présenter la volonté générale de la nation » et qu'il « ne peut exister entre le trône et cette Assemblée [= l'Assemblée nationale] aucun veto, aucun pouvoir négatif » (Déclaration sur la constitution de l'Assemblée du 17 juin 1789, citée in : Morabito (note 9), p. 42 ; cf., également, Jean-Luc Chabot, *Le nationalisme*, 2^e édition, Paris 1993, p. 9).

fois la France dotée d'une Constitution¹⁵. L'Assemblée nationale se mue de la sorte en Assemblée nationale constituante¹⁶. Devant cette obstination du troisième ordre, et peu conscient de la faiblesse de sa position, Louis XVI s'escrime à demeurer l'unique et véritable représentant du peuple français¹⁷. La couronne, néanmoins, n'a d'alternative que d'entériner le coup d'Etat du 17 juin, puisqu'il s'agit d'une atteinte fatale aux structures mêmes de la puissance monarchique, le 27 du même mois et de se résoudre à la fusion des trois anciens ordres : l'Ancien Régime est au tapis. Après plus sérieuse investigation, l'on constate qu'il ne se relèvera plus. Plus jamais. Il n'est point seulement inconscient, mais bel et bien foudroyé par un peuple qui se réveille et une « nation » qui ne nourrit aucun complexe.

C. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et idée de nation**

Imprégnée d'individualisme, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 favorise l'émergence d'une nation moderne¹⁸. Cet individua-

¹⁵ Il s'agit là du Serment dit du jeu de Paume du 20 juin 1789, rédigé par le député parisien Target.

¹⁶ Non contents de vouloir rédiger un texte constitutionnel pour la France, les députés ne craignent pas non plus de s'accaparer complètement de la souveraineté nationale et de le proclamer haut et fort en criant, par l'intermédiaire de leur président Bailly, à la face du roi et d'une noblesse excédée : « la nation assemblée ne peut recevoir d'ordre » (Bailly, cité in : Guillaume de Bertier, *L'époque contemporaine*, Paris 1960, p. 33). Difficile d'imaginer rébellion plus ouverte...

¹⁷ Le roi s'écrie ainsi : « Si, par une fatalité loin de ma pensée, vous m'abandonniez dans une si belle entreprise, seul je ferais le bien de mes peuples, seul je me considérerais comme leur véritable représentant » (Louis XVI, cité in : Guchet (note 10), p. 39). Louis XVI estime également « nulles les délibérations prises par les députés de l'ordre du Tiers Etat le 17 de ce mois [= juin] » (Louis XVI, cité in : Morabito (note 9), p. 42).

¹⁸ En effet, en plaçant l'individu au cœur de l'ordre sociétal, la Déclaration souligne autant la valeur de l'homme, en tant que tel, qu'elle rejette celle des corps intermédiaires qui ont tant marqué l'Ancien Régime. Cette expulsion desdits corps favorise l'émergence d'une conception purement individuelle de la nation chère, notamment, à Sieyès (Jacques Ellul, *Histoire des institutions – Le XIX^e siècle*, Paris 1999, p. 11ss). En cela, la Déclaration se situe dans la lignée des grands textes fondateurs d'Outre-Atlantique qui se centrent principalement sur les libertés de l'individu, en tant qu'électron libre de la société et non pas en tant que membre d'une molécule sociétale organique, face au grand tout politique. Cependant, à la différence de ses consœurs des Etats-Unis d'Amérique qui consacrent la souveraineté populaire (le fameux « *We the people* » du préambule de la Constitution américaine du 17 septembre 1787), la Déclaration française rattache la souveraineté à la nation (art. 5 de la Déclaration de

lisme se traduit par l'absence de droits collectifs certes, mais aussi de droits individuels en leur essence qui nécessitent, aux fins de concrétisation, une expression collective¹⁹. Cependant, la nation trouve en l'article troisième de la Déclaration une consécration explicite²⁰. Cette affirmation de la souveraineté nationale remplace, au faîte de l'édifice étatique, la couronne par la nation, cette inconnue qui viendra bouleverser l'échiquier européen aux XIX^e et XX^e siècles. Ainsi, l'Assemblée nationale constituante, dans son premier texte à valeur universelle, fait de la nation le centre de la puissance politique et annonce, magnifiquement²¹, une Constitution qui ne fera que consacrer les convictions intimes des constituants.

D. La nation dans la Constitution du 3 septembre 1791

Entre les partisans d'une vision contractuelle de la Constitution pour qui le roi et les représentants de la nation doivent parvenir, d'un commun accord, à un consensus politique et les adeptes d'une ligne dure n'accordant le privilège constituant qu'à l'Assemblée nationale, le débat tourne à l'avantage des seconds nommés. Cette victoire a une première conséquence significative : l'inscription, aux dépens de la couronne, de la souveraineté de la nation dans le texte le plus important de l'ordre juridique français de l'époque, la Constitution²².

Cette nation, néanmoins, de par sa taille, n'est pas à même d'exprimer sa volonté selon le principe de la démocratie directe chère à ROUSSEAU ; elle n'a ainsi d'autre option que de se faire représenter par le corps législatif et le roi²³. Cette imposition du régime représentatif puise également une de ses sources en le mépris de la paysannerie française de la fin du XVIII^e siècle²⁴.

1789 ; cf., également, Louis Henkin/Gerald L. Neuman/Diane F. Ordentlicher/David W. Leebron, *Human Rights*, New York 1999, p. 31ss).

¹⁹ Nous pensons, notamment, au droit de grève et d'association (Guchet (note 10), p. 51).

²⁰ Cet article précise ainsi que : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Ce dernier préfigure, en conséquence, le futur article 1^{er} du troisième chapitre de la Constitution de 1791.

²¹ Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse – Les droits fondamentaux*, vol. II, 2^e édition, Berne 2006, p. 20s.

²² Ainsi, l'article 1^{er} du troisième titre de la Constitution de 1791 énonce que la souveraineté « appartient à la nation ».

²³ C'est là ce que stipule l'article 2 du troisième titre de la Constitution de 1791.

²⁴ « La plupart de nos concitoyens, affirme Sieyès, n'ont ni l'instruction, ni les loisirs nécessaires pour vouloir décider eux-mêmes des affaires publiques. Leur avis est donc de nommer des représentants, beaucoup plus capables qu'eux-mêmes de décider » (Sieyès, cité in : Timbal /Castaldo (note 7), p. 506).

Le rôle du peuple français dans son ensemble est, de surcroît, limité par l'introduction d'un suffrage de nature censitaire²⁵, qui souligne l'aspiration des classes bourgeoise et robine, écrasantes de domination parmi le Tiers Etat²⁶, à imposer leurs vues aux masses rurales. Cette représentation limitée par le cens, non seulement est incompatible avec une démocratie au sens étymologique du terme²⁷, mais vient porter ombrage – n'est-ce rendre parfaitement caduque – la garantie de participation politique inscrite à l'article six de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. De la sorte, la nation politique, quoiqu'elle connaisse un transfert progressif, voire radical de la puissance, des ordres sociétaux au territoire, n'accueille en son giron encore qu'une partie fort limitée de la population²⁸. Le souci de donner, par la réorganisation territoriale, corps – et âme – à la nation, qui, somme toute, est avant tout un concept de nature idéale au terme du XVIII^e siècle, se retrouve dans le texte même de la Constitution de 1791²⁹.

En conséquence, les premières années de la Révolution française engendrent des bouleversements majeurs dans l'ordre politique français : la notion de nation connaît une modernisation révolutionnaire et fait son apparition au premier plan politique, elle mène au tapis l'organisation sociétale tripartite, mais, surtout, modifie radicalement la compréhension de la souveraineté : de

²⁵ Concernant toutes les conditions à remplir pour obtenir le droit de vote, cf. article 2 de la deuxième section du premier chapitre de la Constitution de 1791. De plus, pour être éligible à l'Assemblée législative, il faut remplir des exigences supplémentaires. En conséquence, avec ce système, la nation française compte seulement 4,3 millions de personnes ayant le droit de vote et uniquement 40'000 individus pouvant espérer être élus à l'Assemblée nationale (Guchet (note 10), p. 63s. ; Timbal/Castaldo (note 7), p. 506).

²⁶ Guchet (note 10), p. 36 ; cf., également, Soboul (note 10), p. 145.

²⁷ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome II, Paris 1922, p. 257.

²⁸ Pour se convaincre de la centralité du territoire dans la production de la nation, il suffit de présenter les arguments des promoteurs d'une remodelisation du territoire en quatre-vingt-trois départements ; le député Duquesnoy, par exemple, affirme ainsi dans son discours du 4 novembre 1789 que : « Une nouvelle division du territoire doit surtout produire cet inappréciable avantage de fondre l'esprit local et particulier en esprit national et public ; elle doit faire de tous les habitants de cet empire des Français ; eux qui, jusqu'aujourd'hui, n'ont été que des Provençaux, des Normands, des Parisiens, des Lorrains » (Duquesnoy, cité in : Pierre Rosanvallon, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris 1990, p. 102). Autant qu'un redécoupage administratif, la réforme territoriale est ainsi une source d'unité formelle de la nation, un moyen d'envergure destiné à détruire les divers esprits de province qui menacent de leur emprise encore virulente la puissance de la nation en devenir.

²⁹ « Les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la Nation entière », stipule ainsi l'article 7 de la troisième section du premier chapitre de la Constitution de 1791.

royale elle devient nationale. Partant, il y a rupture véritable dans la conception de la souveraineté et l'on peut, conséquemment, parler de révolution³⁰. Cette rupture, de plus, fait de l'Etat français un Etat véritablement moderne en ce sens qu'il libère la puissance publique de toute emprise personnelle et qu'il fait, dès lors, de l'autorité politique une forme de pouvoir impersonnelle se distinguant autant des personnes dirigeantes que des personnes dirigées³¹.

III. 1792–1815, l'expérience de la guerre

Après 1789, la nation n'existe pas encore dans les faits ; il faut la construire³². La réaction contre-révolutionnaire, qui s'empare de l'Europe monarchique suite aux événements français – notamment suite à la fuite de Louis XVI en juin 1791 et à son exécution le 21 janvier 1793³³ –, menace tant les idées révolutionnaires que leur patrie. Aux fins de résister au péril étranger et au danger représenté par les adeptes de l'Ancien Régime en France, en 1791 déjà, l'Assemblée demande aux divers départements de fournir cent mille volontaires prêts à défendre les idées nouvelles³⁴. Avec la déclaration de guerre du 20 avril 1792, la situation devient encore plus périlleuse pour la France ; Prusse et Autriche envahissent bientôt le sol de la patrie, et une véritable armée populaire est levée dans l'Hexagone, troupes prêtes au sacrifice ultime pour leur patrie³⁵. Cette invasion provoque le courroux d'une partie de la population française et une certaine ivresse patriotique dont la nation ne peut sortir que vainqueur. Dès le printemps de l'an 1793, l'idée d'une levée en masse parcourt plaines et cités françaises et, le 23 août de la même année,

³⁰ François Châtelet, *Révolution (idée de)*, in : *Encyclopaedia Universalis*, corpus 19, Paris 1996, pp. 1006–1009, p. 1006s.

³¹ En effet, la nation, suprême puissance politique, domine le roi et se distingue du peuple qui n'est « rien dans la pratique » en formant un corps quasi mystique (Guy Hermet, *Histoire des nations et des nationalismes en Europe*, Paris 1996, p. 94 ; cf., également, Quentin Skinner, *The State*, in : Ball/Farr/Hanson (édit.), *Political innovation and conceptual change*, Cambridge/New York/Melbourne 1989, pp. 90–131, p. 120).

³² Rosanvallon (note 28), p. 100 ; Jean-Marc Février, *La souveraineté nationale et la formation de l'Etat-nation en France*, in : Bertrand/Cabanel/De Lafargue (édit.), Paris 2003, pp. 217–232, p. 224s.

³³ Soboul (note 10), p. 1023 et p. 1025 ; Jean-Paul Bertaud, *Révolution et Empire (Armée)*, in : *Encyclopaedia Universalis*, Corpus 19, Paris 1996, pp. 1009–1015, p. 1010s.

³⁴ En provoquant un brassage important des catégories sociétales, l'armée participe à la perte d'importance de l'ancien tripartisme social au sein de l'intégralité de la société française – à tout le moins de sa composante masculine (Bertaud (note 33), p. 1010s.).

³⁵ Id., p. 1011.

la Convention la décrète officiellement³⁶. Dans les tourmentes de la fin du XVIII^e siècle, le soldat se mue imperceptiblement en citoyen modèle, c'est-à-dire non plus seulement en sujet de Sa Majesté, mais en représentant de la nation dans ce qu'elle a de plus « noble ». Cette situation, toutefois, n'a point l'honneur de durer et, bientôt, la fidélité à la nation et à ses représentants politiques est récupérée – en raison de l'éloignement des députés du front – par des généraux aux tâches multiples et à la bravoure certaine³⁷. Parmi ces hauts gradés, un saura, en particulier, à la nation française donner tout son corps et toute sa splendeur : Napoléon.

En l'espèce, Quinet fait dire au petit Corse : « De cent peuples errants aux visages divers, j'ai fait un même peuple, un monde, un univers »³⁸. Que cette exclamation soit excessive, on peut en débattre, qu'elle possède un fond de vérité, il est difficile d'en douter. En effet, si, en 1806, seulement cent soixante-cinq mille hommes sont levés, au cours des années 1812 et 1813 ce chiffre dépasse le million³⁹ ! Au-delà des inégalités existant entre les divers départements, cette mise en commun des forces vives des régions françaises ne peut avoir d'autre conséquence que de renforcer la cohésion nationale par le biais de l'armée et de rejeter au second rang son origine provinciale, normande ou encore languedocienne. Subrepticement, l'on est français avant tout – ou en tous les cas, on le devient. Ainsi, quelles que soient les horreurs causées par la folie bonapartienne, l'armée, entre 1792 et 1815, annihile l'ordre sociétal de l'Ancien Régime, octroyant le grade d'officier aux plus valeureux et non plus uniquement aux membres de la noblesse, ouvrant l'accès à « [l]a gloire des armes et [à] l'honneur de servir » à la multitude, donnant, enfin et surtout, à la nation ce corps, cette réalité palpable dont elle avait un si urgent besoin pour exister, pour subsister, pour convaincre⁴⁰.

IV. L'idée de nation entre 1815 et 1871

A. Libéralisme et réaction conservatrice

Après Napoléon, les grandes puissances européennes réunies à Vienne en 1815 se battent contre l'idée de nation et le principe des nationalités, ne sou-

³⁶ Décret de la Convention du 23 août 1793, cité in : Id., p. 1012. Constatant l'ampleur de la levée en masse de 1793, Birnbaum n'hésite pas à parler de phénomène d'« étatisation de la nation » (Pierre Birnbaum, *Logique de l'Etat*, Paris 1982, p. 193ss).

³⁷ Bertaud (note 33), p. 1015.

³⁸ Quinet, cité in : Paul Bénichou, *Le Temps des prophètes*, Paris 1977, p. 468.

³⁹ Bertaud (note 33), p. 1013s.

⁴⁰ Id., p. 1015.

haitant pas voir leur hégémonie impériale remise en cause, notamment en Europe centrale et de l'est⁴¹. Cette réaction conservatrice se traduit, en France, par le retour aux affaires de la couronne et ce, dès la Charte du 4 juin 1814⁴². Nonobstant, dans le pays de Voltaire, ce n'est pas tant ce retour des forces de l'Ancien Régime que le libéralisme qui vient éclipser la notion de nation entre 1815 et 1830⁴³. Cependant, en même temps que les classes politiques et économiques tournent partiellement le dos à l'idée de nation, celle-ci entre avec discrétion par une porte cachée, celle de la culture et du romantisme⁴⁴.

Par ailleurs, même si elle répond à des intérêts politiques stratégiques, la conquête de l'Algérie, durant l'été de l'an 1830, inaugure une seconde période d'expansion coloniale pour la France, phénomène qui, à long terme, nourrira abondamment l'estomac gargantuesque de la nation et, plus précisément, du nationalisme⁴⁵. A l'intérieur du pays, les remous de l'année 1830 contraignent la couronne à adopter la Charte constitutionnelle du 14 août 1830. Cette adoption ne provoque pas de changements majeurs de la perception de la nation en France, bien plus, la Charte constitutionnelle de 1830 est une forme de « réédition » du texte de 1814⁴⁶. L'« ère libérale », comme la nomme Ca-

⁴¹ André Thépot, *Nationalités (Principe des)*, in : *Encyclopaedia Universalis*, corpus 16, Paris 1996, pp. 23–25, p. 24 ; Josep R. Llobera, *The God of Modernity – The development of nationalism in Western Europe*, Oxford/Providence 1994, p. 196s. ; Jean-René Suratteau, *L'idée nationale de la révolution à nos jours*, Paris 1972, p. 84s.

⁴² Selon le 2^e paragraphe du Préambule « l'autorité tout entière résid[e] en France dans la personne du roi ». La nation, ainsi, est mise de côté pour laisser le devant de la scène à la couronne qui, néanmoins, garantit les libertés de la première génération à la classe bourgeoise (art. 4, 5, 8 et 9 de ladite Charte).

⁴³ Par libéralisme, l'on entend aussi bien le libéralisme culturel, politique qu'économique. Les bourgeois français, parmi les plus ardents révolutionnaires de 1789, ayant obtenu les libertés essentielles à leur essor et l'égalité politique à laquelle ils aspiraient de manière véhémence, ne font plus de la nation leur priorité mais bien plus essaient de développer l'industrie et le commerce français. L'individualisme régnant, « libéré » de l'emprise de la nation, atteint des sommets. De la sorte, à l'inverse des pays en retrait dans leur développement national, comme les pays slaves, italiens, ou allemands, pour lesquels la nation, à la suite des invasions napoléoniennes, se trouve au centre de la vie publique, la France relègue cette question à l'arrière-plan, de Waterloo à 1830 (Suratteau (note 41), p. 93s.).

⁴⁴ La nation trouve notamment en l'art préromantique et romantique un efficace vecteur de diffusion dans la première moitié du XIX^e siècle, ce dernier se caractérisant par une « recherche de l'émotion et des sentiments forts, voire violents » (Jean-Claude Caron/Michel Vernus, *L'Europe au XIX^e siècle – Des nations aux nationalismes, 1815-1914*, Paris 1996, p. 58).

⁴⁵ Bertaud (note 33), p. 66ss.

⁴⁶ C'est là l'expression employée par Ellul (Ellul (note 18), p. 310). Néanmoins, si la Charte de 1814 est « octroyée » par la couronne à l'ensemble du pays, celle de 1830

banel, s'étale allègrement jusqu'en 1848 et la victoire des libéraux en 1830 fait de la nation une idée troublante, de seconde zone et de la gauche politique⁴⁷.

B. Du printemps des peuples à 1871, le réveil de la nation

A partir du milieu du XIX^e siècle, l'idée de nation reprend forces, vie et couleurs ; en quelques décennies⁴⁸, elle engendre, entre autres, Allemagne et Italie unifiées, prépare la dérive nationaliste, insensiblement, et inspire certains des plus grands historiens français de l'époque⁴⁹. L'idée de nation – quoique point expressément dénommée de la sorte – se retrouve également à la tête de la Constitution française du 4 novembre 1848⁵⁰. De plus, contrairement à la solution envisagée en 1830, le suffrage direct et universel prévu en 1848 ne conduit pas au rejet *ab initio* de la masse des individus du processus politique⁵¹. Quelle que soit la voie adoptée par les institutions publiques entre 1848 et 1870 – républicanisme puis impérialisme –, l'idée de nation française retrouve un éclat certain après les victoires de Magenta et Solferino⁵², puis profite d'une présence encore renforcée dans le débat politique suite à la création de l'Etat italien et, surtout, à celle de l'Allemagne ; la question alsacienne vient, en effet, réveiller, en France comme chez les Germains, l'intérêt pour la nation et le débat entre sa conception ethnoculturelle et élective se déchaîne⁵³. En 1870, incontestablement, la nation a quitté les coulisses et, l'intégralité territoriale menacée, le libéralisme prend conscience de son existence et de sa

lui est « imposée » par la Chambre des députés ayant joué le rôle d'assemblée constituante.

⁴⁷ Patrick Cabanel, *La question nationale au XIX^e siècle*, Paris 1997, p. 56 ; cf., également, Suratteau (note 41), p. 104s.

⁴⁸ Yves Santamaria/Brigitte Waché, *Du Printemps des peuples à la Société des nations – Nations, nationalités et nationalismes en Europe, 1850–1920*, Paris 1996, p. 73ss ; Von Busekist (note 4), p. 63ss ; Caron/Vernus (note 44), p. 130ss et p. 171ss.

⁴⁹ Cf., not., Michelet, cité in : Raoul Girardet, *Nationalismes et nation*, Bruxelles 1996, p. 119s.

⁵⁰ L'article 1^{er} de ladite Constitution énonce ainsi : « La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français. Elle est inaliénable et imprescriptible. Aucun individu, aucune fraction du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice ». La Constitution se nourrit ainsi du vivier révolutionnaire de la fin du XVIII^e siècle et retrouve ses prétentions sociales universelles en octroyant à « l'universalité des citoyens français » la souveraineté.

⁵¹ Art. 24 de la Constitution de 1848 ; cf., également, Morabito (note 9), p. 237s.

⁵² Santamaria/Waché (note 48), p. 94s.

⁵³ Fustel de Coulanges, cité in : Girardet (note 49), p. 136s. Concernant les visions ethnoculturelle et élective, Hermet (note 31), p. 115ss ; cf., également, Chiffre I du présent article.

proximité avec les ordres politique et économique. La nation est alors, selon nous, sur le point de se muer en véritable doctrine politique.

V. 1870–1914 : De la nation aux nationalismes

A. Le nationalisme républicain

Plus qu'un nationalisme, les républicains cherchent à instaurer, en s'inspirant de leurs ancêtres de 1789, une religion civile qu'ils baptisent du nom de patriotisme. Dans cette quête de conversion des foules, ils bénéficient de deux soutiens de taille : l'école et l'armée. Sans analyser en cet endroit les relations entre l'école et la puissance publique, l'étude des dernières lignes du Manuel d'histoire de Lavissee, dont la première édition remonte à 1876, est suffisante pour attester à quel point les gouvernements en place s'efforcent d'inculquer la notion de patrie aux citoyens de demain⁵⁴. Dans son souci de « patriotisation » du peuple français, la puissance républicaine trouve un fidèle soutien en les bibliothèques populaires, les ouvrages comme *Le tour de France par deux enfants*, de 1877, les sociétés de gymnastique et l'érection de statues de Marianne sur les diverses places publiques de France de l'est, du septentrion, de l'ouest et méridionale⁵⁵. De même que suite aux événements de 1789, l'armée contribue également à ce patriotisme officiel⁵⁶. Certes, le souvenir du sort malheureux de l'Alsace et de la Lorraine, dans l'ultime décennie du XIX^e siècle⁵⁷, se perd dans la mer des temps, néanmoins, à partir de 1905, la nouvelle rivalité avec le voisin germain de l'est donne à l'aura militaire une seconde jeunesse. A ce nationalisme républicain, s'oppose un nationalisme de

⁵⁴ Ce manuel d'histoire se termine, en effet, ainsi : « En défendant la France, nous nous conduisons comme de bons fils. Nous remplissons un devoir envers nos pères, qui se sont donnés tant de peine depuis des siècles pour créer notre patrie. En défendant la France, nous travaillons pour tous les hommes de tous les pays, car la France, depuis la Révolution, a répandu dans le monde les idées de justice et d'humanité. La France est la plus juste, la plus libre, la plus humaine des patries » (Lavissee, cité in : Caron/Vernus (note 44), p. 328s.).

⁵⁵ Dans *Le tour de France par deux enfants*, Madame Fouillée, sous le pseudonyme de Bruno G., narre l'histoire de deux enfants alsaciens quittant l'Alsace pour demeurer français après la perte des deux provinces de l'est (Cabanel (note 47), p. 88s.).

⁵⁶ Ainsi, le principe du service obligatoire, suite à la débâcle du conflit germano-français, est établi par la loi du 27 juillet 1872 en son article 2 (Caron/Vernus (note 44), p. 329s.).

⁵⁷ Cette importance déclinante de la question alsacienne et lorraine se traduit notamment dans la presse par des articles sarcastiques en la matière. Pour un exemple, cf. de Gourmont, cité in : Pierre Saly/Alice Gérard/Céline Gervais/Marie-Pierre Rey, *Nations et nationalismes en Europe – 1848–1914*, Paris 1996, p. 93s.

droite qui trouve en la terre qui se meurt, l'industrialisation effrénée, la peur des évolutions technologiques, l'immensité des villes ouvrières, la vulgarisation de la politique autant de sources auxquelles s'abreuver.

B. Le nationalisme revanchard et de la peur

i. Le mouvement vers la droite

Longtemps considéré en France comme une idée de gauche, le nationalisme, dans les dernières décennies du siècle d'Hugo et de Lamartine, connaît, pour l'une de ses formes, un virage à droite. Se nourrissant de la haine du Sémite, promu par la science⁵⁸, et de l'esprit de revanche, il connaît un essor rapide au sein de la société française. Cette revanche trouve en Déroulède un homme dont la plume ne craint pas d'affirmer ses convictions, notamment dans son recueil *Les Chants du soldat : marches et sonneries*, de 1881⁵⁹. En outre, la crise boulangiste et l'affaire Dreyfus donnent l'occasion à ce nationalisme de droite de fourbir ses armes et de s'emparer d'une place de choix au sein de la société française.

ii. La crise boulangiste de la nation

La crise boulangiste trouve ses origines en le désintérêt de la République pour les revendications sociales des ouvriers et en un antiparlementarisme prononcé⁶⁰. Parmi les classes ouvrières et plutôt pauvres de la société française, l'on se plaint de l'instabilité gouvernementale due à un rôle de l'organe législatif considéré comme trop important, et du manque de mesures prises par l'Etat depuis le début de la « grande dépression » économique qui sévit dès 1882 en France⁶¹. Né à gauche, le boulangisme, cependant, ratisse plus large, trouvant

⁵⁸ Certes le phénomène de rejet de l'étranger n'est pas nouveau au terme du XIX^e siècle, ni en France, ni dans le reste de l'Occident, il est même un des fondements du nationalisme (Ellul (note 18), p. 355s.). Ce qui est nouveau, c'est l'utilisation des thèses darwiniennes pour le justifier et pour expliquer les rapports de domination-soumission entre les diverses « races », selon le terme en usage à l'époque. Maladie de société, l'antisémitisme – et le racisme plus généralement – atteint certains des plus grands esprits de la période, notamment Renan (Renan, cité in : Caron/Vernus (note 44), p. 331).

⁵⁹ A ce poète s'unissent Daudet, Hugo, Erckmann-Chatrian, Bazin, Barrès, Acker, Régamey pour pleurer la terre perdue. Un culte des provinces capturées par l'ennemi s'établit ainsi lentement en France, parmi les écrivains également.

⁶⁰ Gérard de Puymège, *Chauvin, le soldat-laboureur – Contribution à l'étude des nationalismes*, Paris 1993, p. 227s.

⁶¹ Caron/Vernus (note 44), p. 336.

des adhérents tant au sein de l'extrême-gauche que parmi les rangs bonapartistes et royalistes⁶². L'objectif de Boulanger est de convaincre la population française qu'il est impératif de faire disparaître le régime politique de l'époque, malade à ses yeux, et de mettre sur pied une démocratie se basant véritablement sur le suffrage universel. Cette démocratie, nonobstant, devrait être dotée d'une autorité exécutive forte, contrairement au régime en place après 1875⁶³. En conséquence, le danger de personnification du pouvoir étatique est latent et l'exaltation déraisonnée de la nation sert d'étai à la « doctrine boulangiste ». Au surplus, le péril de dérive nationaliste gagne en intensité à mesure que l'aile boulangiste gauche décline, celle de droite s'affirmant progressivement, notamment grâce aux finances électorales mises à disposition par les monarchistes. En 1889, le mouvement boulangiste connaît son acmé, en particulier en raison de l'usage fort efficace des moyens de publicité de l'époque, par exemple la presse à bon marché, les placards et chansons populaires⁶⁴. Toutefois, pour les partisans du boulangisme, le réveil est cruel et le gouvernement en place parvient, à terme, à profondément discréditer l'homme auprès des foules, allant jusqu'à faire courir le bruit d'une arrestation prochaine du personnage. La fuite de Boulanger en Belgique, en 1889 encore, marque la fin des réussites du mouvement qui éclate en raison de ses divergences de vue et qui, de surcroît, connaît un cinglant revers lors des élections de septembre 1889 : la formation du général Revanche – tel est le surnom de l'homme politique – n'obtient alors que 44 sièges⁶⁵.

iii. *L'affaire Dreyfus, entre nation et antisémitisme*

L'affaire Dreyfus, du nom de l'officier de confession juive accusé d'espionnage, éclate en 1894 et provoque en France des remous considérables. Elle est un exemple frappant de l'antisémitisme conquérant de l'époque dont les origines sont doubles : d'une part, le socialisme, d'autre part, une

⁶² Il n'existe donc pas un boulangisme, mais divers courants pour qui Boulanger représente l'espoir du changement (Raoul Girardet, *Le nationalisme français – Anthologie, 1871–1914*, Paris 1982, p. 129s.).

⁶³ Ellul (note 18), p. 327ss.

⁶⁴ Caron/Vernus (note 44), p. 337.

⁶⁵ Malgré son échec politique, le boulangisme a des répercussions significatives en France : il renforce singulièrement le mouvement ouvrier, contraint les républicains à s'unir, nonobstant leurs divergences doctrinales, devant la menace boulangiste et, en France, forme un noyau premier d'un « parti national ». La « nébuleuse boulangiste », magnifique formule empruntée à Caron et Vernus, porte ainsi en elle l'exaltation du sentiment national qui n'ira que *crescendo* jusqu'à la Première guerre mondiale (Caron/Vernus (note 44), p. 338s.).

certaine forme de catholicisme conservateur⁶⁶. Drumont, en France, vient unir les deux courants dans *La France juive* qui paraît en 1886⁶⁷. Dans ce climat hostile à la plus ancienne confession monothéiste, Dreyfus est condamné à la détention perpétuelle pour espionnage le 22 décembre 1894. Des années durant, les efforts des individus convaincus de l'innocence du capitaine sont réduits à néant par le pouvoir en place, et notamment par la hiérarchie militaire. La publication d'un article de Zola, en première page du journal *l'Aurore*, le 13 janvier 1898, marque un véritable tournant dans l'« Affaire », comme on la nomme à l'époque⁶⁸. Les dreyfusards, toutefois, doivent attendre le 12 juillet 1906 pour voir l'innocent réhabilité et réintégré au sein de l'armée⁶⁹.

Ce virage à droite de la notion de nation et du nationalisme peut compter, de surcroît, à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècles, sur l'appui d'intellectuels et d'hommes de plume français reconnus : il suffit, en l'endroit, de nommer Barrès⁷⁰, Péguy⁷¹ ou encore Maurras⁷². Partant, l'on

⁶⁶ Girardet (note 62), p. 141s.

⁶⁷ Drumont, cité in : Id., p. 147.

⁶⁸ Cette prise de position politique vaudra une année de prison à Zola, mais permet de relancer le débat qui enflamme foyers et ménages de France (Caron/Vernus (note 44), p. 340s.).

⁶⁹ L'« Affaire », par rapport à la notion de nation, est d'importance pour les raisons suivantes : elle marque tout d'abord une cassure définitive entre la gauche socialisante et le nationalisme qui prend résolument la voie de la droite, voire de l'extrême-droite ; ensuite, les conflits et tourmentes qui ont balayé la France entre dreyfusards et anti-dreyfusards indiquent que la « nation » et le sort qui lui est réservé ne laissent plus la population française indifférente, même si les affrontements ont plutôt lieu dans les centres urbains que dans les campagnes ; enfin, tout comme la crise boulangiste, elle incite et force la gauche à former des partis politiques structurés aux fins de défendre de manière efficace les idées politiques et sociétales prônées et leur vision propre de la nation (Girardet (note 62), p. 173ss).

⁷⁰ Barrès ne met pas l'intelligence au centre de son œuvre, il y place le cœur. Par conséquent, le nationalisme barrésien se situe au niveau des émotions. En outre, l'auteur affirme l'importance du passé dont ni l'individu ni la nation ne peuvent se libérer. Par conséquent, la France n'est en mesure de laisser à leur sort la Lorraine et l'Alsace. Les réflexions de l'auteur vont le conduire, à terme, à procéder à un renversement complet des liens entre patrie et individus : ce n'est plus la nation qui vit en l'homme, mais c'est l'homme qui vit en une nation grande et immortelle (Girardet (note 62), p. 189 et p. 192ss).

⁷¹ Inclassable de son vivant, nationaliste rejeté par les siens parce que trop proche des protestants et des juifs, Péguy, néanmoins, fait de la nation une entité mystique qu'il convient de vénérer ; il participe ainsi au culte émotif de sa patrie, même si c'est à sa manière, unique (Péguy, cité in : Id., p. 260 ; Chabot (note 14), p. 58s. ; Cabanel (note 47), p. 99).

⁷² L'œuvre de Maurras est empreinte d'une véritable adulation de la France. Il se différencie toutefois de Barrès et de Péguy en ce qu'il estime que le nationalisme est un phénomène qui se doit de la raison et non pas des émotions. Par ailleurs, pour lui, un

puît avancer que, dans le dernier tiers du siècle de Lamartine, la fièvre du nationalisme de droite n'a pas seulement touché les élites, mais la quasi intégralité des couches sociétales, pas seulement le monde des idées, mais aussi celui de la politique, de l'armée et, plus généralement, de la culture.

C. La situation du nationalisme à l'orée de la boucherie européenne

Si le nationalisme de droite, revanchard et nourri par la haine, connaît une propagation certaine durant les premières heures du XX^e siècle, le nationalisme républicain bénéficie du soutien des instituteurs qui ont, des générations d'élèves durant, inculqué les véritables bases du nationalisme à la France de demain ; c'est donc lui qui s'est le mieux implanté dans l'opinion en 1914⁷³. Ce serait néanmoins parfaite ineptie d'imaginer que nationalisme républicain et nationalisme de droite n'ont aucune caractéristique commune ; et l'un et l'autre cultivent la mémoire de héros historiques français, et l'un et l'autre estiment la France supérieure au reste du monde, et l'un et l'autre considèrent l'armée essentielle à la France et applaudissent frénétiquement lorsqu'ils entendent dans les salles de classes les enseignants pérorer que « *dulce et decorum est pro patria mori* »⁷⁴.

De la sorte, avant 1914, l'idée de nation est devenue une idée incontournable du champ politique dont l'attrait et la force sont encore avivés par les tensions politiques internationales⁷⁵. Les opposants au nationalisme, durant cette période cruciale de l'évolution de l'idée de nation, ne réussissent pas véritablement à faire entendre leurs voix ; tant le pacifisme humanitaire que l'internationalisme ne trouvent de remède à la gangrène des émotions de la foule par un patriotisme exacerbé⁷⁶. Au surplus, la politique coloniale agressive adoptée par les Etats européens à la fin du XIX^e siècle, et notamment par

régime monarchique est le seul apte à garantir l'avenir de la France. De la sorte, avec Maurras, le culte de la nation est aux portes de la société française et la divination de la patrie également. Des trois auteurs mentionnés ci-dessus, il est celui qui cherche à instaurer le nationalisme le plus intégral (Saly/Gérard/Gervais/Rey (note 57), p. 96 ; Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, 14^e édition, Paris 2001, p. 457).

⁷³ Caron/Vernus (note 44), p. 350s.

⁷⁴ Citation d'Horace, cité in : Von Busekist (note 4), p. 21 ; cf., également, Caron/Vernus (note 44), p. 349s.

⁷⁵ Il convient notamment de citer les positions conflictuelles de l'Hexagone et de l'Allemagne quant au Maroc en 1905 et 1911 (Pierre Milza, *Les relations internationales de 1871 à 1914*, 3^e édition, Paris 2009, p. 108ss et p. 139ss). A ces tensions extra-européennes s'ajoute la sempiternelle question de l'Alsace et de la Lorraine (Cabanel (note 47), p. 100s. ; Chabot (note 14), p. 45s.).

⁷⁶ Cabanel (note 47), p. 104s.

la France, ne fait que rehausser le prestige de la nation aux yeux des citoyens⁷⁷. Dans cet environnement culturel, idéologique, intellectuel et scientifique⁷⁸ propice aux nationalismes, les deux conflagrations internationales⁷⁹ de 1914–1918 et de 1939–1945 scelleront l’union entre l’Etat et la nation, faisant de la nation un soutien indispensable à l’Etat.

VI. 1914–1945 : L’apogée de la nation

A. La Première guerre mondiale, ou le couronnement de la nation

Moins que l’Etat français, dans les tranchées boueuses, c’est la nation que l’on défend corps et âme. L’expérience commune du front parachève l’œuvre nationalisatrice de la scolarisation et fait de chaque homme le membre d’un grand tout mystique, dont l’armée est la réalité presque palpable⁸⁰. Ainsi, le paysan se mue en soldat pour qui la terre française devient sacrée ; le mythe du laboureur-soldat chauvin atteint un nouvel acmé⁸¹. Verdun donne à la nation la possibilité de s’exprimer pleinement ; en effet, l’enfer vécu en

⁷⁷ Chabot (note 14), p. 41ss.

⁷⁸ Il ne faudrait en effet pas oublier l’influence du darwinisme – en sa forme sociétale – sur la conception de la nation. Selon celui-ci, même parmi les populations humaines, certaines seraient plus aptes à survivre que d’autres, en conséquence de quoi une sélection parmi les nations serait tout aussi inéluctable que celle concernant les espèces et individus.

⁷⁹ Il est, à ce sujet, fort intéressant de constater que l’expression « guerre – ou conflit – internationale » est d’un usage bien plus fréquent que « guerre interétatique », ce qui démontre selon nous combien la nation est devenue centrale dans l’ordre humain au début du siècle d’Hiroshima et des « Nations Unies » (*sic* !) et combien elle a tendance à dominer l’ordre juridique – dont l’Etat est le représentant le plus puissant – qui la soutient souvent de toutes ses forces.

⁸⁰ Cabanel (note 47), p. 107s.

⁸¹ Ayant pour origine un grognard héroïque qui avait servi sous Napoléon, le mythe du soldat-laboureur souligne l’importance capitale du sol dans l’idée de nation telle que conçue aux XIX^e et début du XX^e siècles. Il incarne le premier héros populaire de la Modernité et est apte à galvaniser les troupes, constituées avant tout d’agriculteurs, qui montent au front. Par le biais du soldat-laboureur, l’Etat, en tant que puissance politique, parvient à mobiliser les masses populaires. Ce mythe permet à la puissance publique d’allier le caractère sacré de la terre, comme nourricière de la patrie irriguée par le sang des héros de naguère, à l’obligation de servir sa nation par les armes. De plus, ce mythe permet de présenter aux foules le citoyen modèle sous son meilleur jour pour l’Etat : un jour laborieux, productif, persévérant, patriote, docile et ne recherchant pas, premièrement, sa gloire personnelle (Gérard de Puymège, *Le soldat Chauvin*, in : Nora (dir.), *Les lieux de mémoire – II. La nation*, vol. 3, Paris 1986, pp. 45–80, p. 45ss). Par ailleurs, le mythe du soldat-laboureur connaîtra encore de belles heures, quelques années plus tard, étant repris par le Maréchal Pétain lors du régime de Vichy (Chiffre VI du présent article).

commun, la *noria* des troupes françaises qui a pour conséquence l'engagement de la quasi-totalité des divisions au lieu-dit, et les reportages nombreux de la presse fondent la légende de la cité et renforcent le mythe de la nation française⁸². Avec la Première guerre mondiale, la nation s'enrichit d'un nouveau symbole ô combien effrayant et puissant en même temps : le monument aux morts qui, peu à peu, se dresse sur chaque place de village reculé, dans chaque hameau et bourgade, afin d'imprégner l'intégralité de la société française⁸³. De plus, la nation peut compter sur la totalité, ou presque, des forces vives pour défendre son assise territoriale, 1,5 pour cent des hommes appelés sous les drapeaux en 1914 refusant d'obtempérer, contrairement aux 13 pour cent prévus par la sécurité militaire ! L'enthousiasme n'est guère moindre en Angleterre et en Allemagne⁸⁴.

Cette concrétisation de la nation par la guerre se double d'une « union sacrée » en France – tout comme en Allemagne et au Royaume-Uni – au sein de laquelle le sort de la nation éclipse les divergences politiques⁸⁵. Ainsi, le 27 août 1914, Viviani, président du Conseil, remanie son ministère et intègre tous les partis au gouvernement ; des socialistes y accèdent pour la première fois et même son aile gauche marxiste en la personne de Jules Guesde. En d'autres termes, en 1914, la nation prime la politique, la nation prime les convictions, la nation prime les luttes de classe, elle est une idée sainte à laquelle on ne puit toucher sous peine d'être qualifié de traître à la patrie. Cette « union sacrée » est encore renforcée par l'échec des orchestrations de manifestations refusant l'entrée en guerre planifiées par la mouvance socialiste, tant en Allemagne qu'en France, par l'assassinat de Jean Jaurès, le 1^{er} août 1914, et par l'échec des tentatives de grève générale en France⁸⁶. Ainsi, même la cause universelle des ouvriers se nationalise ; le cri de Marx et Engels « [p]rolétaires de tous les pays, unissez-vous ! » résonne dans une cathédrale socialiste délaissée par ses fidèles⁸⁷. Grâce à la haine de l'ennemi, allemand en l'occurrence, la nation est encensée ; probablement jamais encore n'a-t-

⁸² La construction de ce mythe a un coût exorbitant, plusieurs centaines de milliers d'hommes mourant à Verdun (Antoine Prost, *Verdun*, in : Nora (dir.), *Les lieux de mémoire – II. La nation*, vol. 3, Paris 1986, pp. 111–141, p. 138 ; Marc Ferro, *Histoire de France*, Paris 2003, p. 466).

⁸³ Cabanel (note 47), p. 107.

⁸⁴ Golo Mann, *The History of Germany since 1789*, Londres 1990, p. 495 ; Hermet (note 31), p. 175s.

⁸⁵ Jehan de Malafosse, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la Révolution à la IV^e République*, Paris 1975, p. 230s. ; Suratteau (note 41), p. 163.

⁸⁶ Hermet (note 31), p. 177s.

⁸⁷ Karl Marx/Friedrich Engels, *Manifeste du parti communiste*, Paris 1973, p. 55.

elle été pareillement adulée⁸⁸. Selon nous, elle trouve sa consécration suprême en la tombe du soldat inconnu⁸⁹.

B. L'entre-deux-guerres français

i. Le problème des nationalités

Dans le dessein, entre autres, d'éviter une propagation de la révolution russe en Europe centrale, les vainqueurs de la Grande Guerre adoptent le principe des nationalités⁹⁰ pour les nations européennes⁹¹. Toutefois, lors de la mise en place de leur politique imprégnée de doctrines nationalistes, ils ne font point preuve d'une rigueur à toute épreuve⁹². Ce manque de rigueur aura des répercussions sur la politique internationale européenne, livrant notamment à Hitler des arguments quant à la création d'une grande Allemagne réunissant tous les membres de la nation germanique. Le principe des nationalités adopté par le continent européen aura ainsi, à terme, des conséquences terribles.

ii. La mise en veille de la question nationale en France durant les années 1920

Si l'Europe, dans son ensemble, est travaillée par la question nationale, s'il y a en l'Ancien monde « chargement de la poudrière » selon les dires de Hermet⁹³, la France des années vingt connaît une remise en cause culturelle de la guerre, du patriotisme et des institutions, en particulier par le mouvement

⁸⁸ Philippe Contamine, *Mourir pour la patrie – X^e–XX^e siècle*, in : Nora (dir.), *Les lieux de mémoire – II. La nation*, vol. 3, Paris 1986, pp. 11–43, p. 39.

⁸⁹ En effet, la tombe du soldat inconnu cumule le souvenir des hommes tombés pour la patrie, essentiel pour le culte de la nation, l'admiration du sacrifice suprême, espèce de crucifixion nationale, et l'anonymisation des foules, vitale aux fins de sacraliser la communauté en tant que telle et non pas des individus déterminés.

⁹⁰ Selon ledit principe, il doit y avoir coïncidence entre les frontières d'un Etat déterminé et celles d'une nation (Quoc Dinh Nguyen/Patrick Daillier/Alain Pellet, *Droit international public*, 6^e édition, Paris 1999, p. 62 ; cf., également, Henry Kissinger, *Diplomatie*, Paris 1996, p. 202s.).

⁹¹ Hermet (note 31), p. 197s. Il est intéressant, en l'espèce, de constater que l'organisme international appelé de ses vœux par le président des Etats-Unis d'alors, Wilson, se nomme « Société des Nations » et non pas, à titre exemplatif, « Société des Etats ». La nation n'a donc, après la guerre, point perdu de sa superbe et continue à jouer un rôle prépondérant dans les relations « internationales » (et non pas, à nouveau, « interétatiques »).

⁹² *Le grand atlas de l'histoire mondiale – Encyclopaedia Universalis*, Paris 1985, p. 264s.

⁹³ Hermet (note 31), p. 197.

surréaliste⁹⁴. A cette réflexion post-conflictuelle au sujet de la guerre, s'ajoutent des revendications sociales et économiques, par exemple dans le domaine des assurances-chômage, des assurances sociales, de la reconstruction du pays, du logement et des transports⁹⁵. Cependant, dès la fin des années vingt, la montée en puissance de l'extrême-droite allemande, le triomphe du fascisme italien, le durcissement des positions soviétiques et la crise économique qui frappe la France marquent le retour de la nation au premier plan.

iii. *Les années 1930, ou le retour de la nation au premier plan*

Au « plus jamais cela » qui imprègne une partie de la société française après la Première guerre mondiale succède une attitude plus agressive dès 1932 et le revers subi par la droite aux élections⁹⁶. En sus d'un nationalisme économique qui se généralise tant en France qu'au Royaume-Uni, l'idéal nationaliste renaît sous la forme de ligues diverses en l'Hexagone⁹⁷. Cette tension sociale croissante se traduit, le 6 février 1934, par de violentes émeutes à Paris ; diverses ligues fascisantes unissent alors leurs troupes pour dénoncer la prétendue faillite des dirigeants de gauche⁹⁸. Suite à ces troubles, Daladier, président du Conseil, préfère démissionner et la droite reprend le pouvoir par le biais de Doumergue qui forme un gouvernement d'union nationale⁹⁹. Cette menace de dérive à droite ne laisse toutefois pas la France de marbre : un vaste mouvement antifasciste vient tenter de la contrecarrer : le Front populai-

⁹⁴ Le mouvement surréaliste prend ainsi le relais du dadaïsme dans sa critique, par la provocation, de la bourgeoisie et du nationalisme. André Breton, notamment, condamne autant l'exploitation de l'homme par l'homme, l'obscurantisme favorisé par le clergé que le militarisme (Ferro (note 82), p. 480ss).

⁹⁵ Hagen Schulze, *Etat et nation dans l'histoire de l'Europe*, Paris 1996, p. 310.

⁹⁶ En effet, lors des élections législatives des 1^{er} et 8 mai 1932, le second Cartel des Gauches récolte 45,89 % des voix contre 45,74 % qui vont à la droite et aux partis du centre. Ce second Cartel est toutefois fragile puisque six gouvernements se succèdent en moins de deux ans (Louis Favoreu/Patrick Gaïa/Richard Ghevontian/Jean-Louis Mestre/Otto Pfersmann/André Roux/Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, 11^e édition, Paris 2008, p. 547 ; de Malafosse (note 85), p. 286ss).

⁹⁷ Ferro (note 82), p. 489s.

⁹⁸ Faisant, selon de Malafosse, une dizaine de morts et des centaines de blessés, l'émeute de 1934 souligne surtout l'antiparlementarisme qui secoue la population française plus qu'elle ne constitue une tentative de coup d'Etat fasciste (de Malafosse (note 85), p. 291).

⁹⁹ Ainsi, les émeutes du 6 février 1934 constituent la première manifestation populaire de la III^e République qui conduise au renversement d'un gouvernement. Elles sont le signe, si ce n'est d'un fascisme français résolu, à tout le moins d'un fascisme diffus qui gagne la société française dans son ensemble.

re¹⁰⁰. Ce dernier, emmené par Blum¹⁰¹, gagne les élections de 1936, caractérisées par une participation remarquable de 84 pour cent. Le Front populaire offre à la nation une couleur plus sociale que les décennies précédentes ; les concessions obtenues en défaveur des patronats ne tiennent cependant pas toutes leurs promesses eu égard à l'inflation croissante et à l'effort de défense nationale requis par l'Etat qui touche de plein fouet le secteur productif. Néanmoins, avec la victoire de Blum et de ses alliés, la nation intègre en ses rangs la force ouvrière qui rejoint en masse les divers mouvements syndicaux¹⁰².

iv. *La fin de la troisième République*

Malgré l'arrivée au pouvoir d'un gouvernement de droite dirigé par Daladier en 1938, la France – ainsi que les autres grandes puissances européennes – opte pour la préservation de la paix européenne à tout prix¹⁰³. Cette ligne de conduite mène la France à la débâcle, dès mai 1940, et l'adoption par l'Assemblée nationale, par 569 voix pour, 80 contre et 17 abstentions, de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 marque le terme de la III^e République¹⁰⁴.

C. **Pétain et de Gaulle : deux visions de la nation**

i. *Pétain, ou le retour à la terre*

Le maréchal Pétain, chef de l'Etat français dès la chute de la III^e République, achève une seconde fois la *res publica* en « omettant » d'y faire mention dans le deuxième acte constitutionnel du 11 juillet 1940 qui fixe les pouvoirs de l'exécutif. Face au déferlement allemand, le héros de Verdun apparaît « comme le père d'une Nation en deuil »¹⁰⁵. Il incarne une France forte dans

¹⁰⁰ Si communistes et socialistes s'unissent au sein du Front populaire, ces deux partis sont rejoints par non loin de nonante-cinq autres organisations politiques (Ferro (note 82), p. 495).

¹⁰¹ Blum est abhorré par la droite qui lui reproche ses origines juives (de Malafosse (note 85), p. 297).

¹⁰² Ferro (note 82), p. 495.

¹⁰³ Ce souci de ne pas entrer en guerre avec l'Allemagne domine les discussions tenues à Munich en 1938 et à la suite desquelles la Tchécoslovaquie est amputée des territoires des Sudètes en faveur de l'Allemagne.

¹⁰⁴ Dans son article unique, cette loi constitutionnelle donne en effet les pleins pouvoirs au gouvernement pour que ce dernier promulgue une nouvelle constitution pour la France (de Malafosse (note 85), p. 314).

¹⁰⁵ Id., p. 318.

les bourrasques de l'époque et jouit d'un véritable culte de la personnalité. Cependant, pour le nouvel homme fort de Vichy, la nation française n'est pas un Prométhée de la Modernité qui doit amener à l'univers entier la flamme de la civilisation ; au contraire, celle-ci doit se concentrer sur son sol qu'elle chérit tant et, après les tourmentes ouvrières du Front populaire, l'image du soldat-laboureur renaît de ses cendres¹⁰⁶. Ce retour à la terre coïncide avec le rejet de l'étranger, que ce dernier soit citoyen d'un autre pays, naturalisé ou juif ; racisme et discrimination s'insèrent par conséquent dans les rouages pétainiens¹⁰⁷. Les « élus », membres de la fratrie française, doivent, quant à eux, se dépouiller de leurs libertés individuelles et libérales afin de s'unir en un corps national ; en effet, ce n'est qu'ainsi qu'un peuple peut former une véritable patrie¹⁰⁸. A la devise républicaine Liberté-Egalité-Fraternité succède celle de la ligue des Croix-de-Feu : Travail-Famille-Patrie¹⁰⁹. Le culte de la nation se transforme conséquemment en culte du sol, du labeur, et du devoir bien accompli, sous la férule prétendument juste et le regard bienveillant d'un homme autoritaire, dont la gloire passée est gage de stabilité dans le tohu-bohu international de l'époque. Cette conception de la nation n'est, par ailleurs, pas incompatible avec une collaboration – dont l'étendue et la nature exactes prêtent aujourd'hui encore à débat – avec les forces allemandes. Le général de Gaulle, quant à lui, professe une forme de nationalisme diamétralement opposée.

ii. *De Gaulle, ou le chantre de la liberté*

De Gaulle ne peut se résigner à voir sa nation envahie par l'Allemand qui n'est en mesure de comprendre le Français¹¹⁰. Partisan d'un nationalisme antifasciste et refusant tout autant le nationalisme totalitaire¹¹¹, de Gaulle défend un patriotisme subjectif qui se fait « une certaine idée de la France » et qui exalte la grandeur de ce pays¹¹². C'est cette idée de la France aux accents

¹⁰⁶ Pétain, cité in : de Puymège (note 50), p. 71 ; Id., cité in : José Germain, *Notre chef Pétain*, Paris 1942, p. 181s.

¹⁰⁷ Cette haine de l'étranger se traduit, dans les faits, par l'adoption d'un premier statut concernant les juifs dès octobre 1940 qui les exclut de la fonction publique et de l'enseignement et qui limite leur accès aux études supérieures de même qu'aux professions libérales ; en 1941 on prévoit l'aryanisation des entreprises juives tandis qu'en 1942 on appose la mention « juif » sur les pièces d'identités (de Malafosse (note 85), p. 326 ; Ferro (note 82), p. 535s.).

¹⁰⁸ Pétain, cité in : de Malafosse (note 85), p. 324.

¹⁰⁹ Ferro (note 82), p. 534s.

¹¹⁰ Charles de Gaulle, *Vers l'armée de métier*, Paris 1934, p. 22.

¹¹¹ Lescuyer (note 72), p. 470s.

¹¹² Charles de Gaulle, *Mémoires de guerre – L'appel*, Paris 1954, p. 1.

péguystes qui, dans la débâcle, pousse de Gaulle vers les rives du Royaume-Uni pour y lancer, le 18 juin 1940, un cri rassembleur entré dans l'histoire¹¹³. Rejetant en bloc toute forme de collaboration avec l'envahisseur, la nation française telle que conçue par De Gaulle s'expatrie, en quelque sorte, pour renaître de ses cendres dans les déserts et terres arides de la France coloniale. Et c'est mue par l'idée de liberté qu'elle reviendra prendre possession des domaines de la couronne de naguère.

Par ailleurs, pour l'officier français, la nation s'exprime le mieux en un pouvoir exécutif fort, si possible personnel, et cette tentation du césarisme démocratique, qui n'est pas sans rappeler les deux Napoléon, poussera l'homme, une fois le conflit achevé, à chercher à limiter la puissance du parlement et à accroître celle du gouvernement¹¹⁴. Ainsi, avec de Gaulle, la nation française libre et splendide est érigée en déesse, guide de l'humanité, pour laquelle c'est un honneur que de pouvoir verser son sang.

Conclusion

Avant 1789, la nation n'existait – étatiquement parlant – pas, ou presque. En 1914, on lui offre allègrement ses tripes et, dès 1940, à l'étranger, elle éclipse l'Etat et c'est en son nom qu'on chasse le gouvernement de Vichy. Ainsi, en un siècle et demi, la nation est devenue une variable centrale de l'équation politique française. Si le totalitarisme qui pousse sa voisine de l'est à la folie ne s'empare pas de la puissance publique française dès les années 1930, la nation n'en joue pas moins un rôle central dans son évolution. Faisant concurrence dans un premier temps à la couronne, détentrice unique de la souveraineté des décennies durant, puis la reléguant finalement au rayon des reliques de l'histoire, la nation, à notre avis, a l'impact le plus grand en ce qu'elle s'en prend au cœur de l'homme, du sujet, du citoyen, à ses sentiments, à ses émotions. Certes, pour un héros, en tout temps, il fut beau de mourir pour son roi ou son suzerain, mais la nation, dès 1789, ne s'attaque pas seulement aux élites sociétales d'un pays, venant bien plus transformer des franges importantes de la population, leur apprenant à aimer un drapeau, un hymne, plus que l'homme en tant que tel. A Verdun, un Allemand, avant d'être un humain, est un Allemand et donc un ennemi auquel on refuse, en quelque sorte, la dignité d'être un homme. Cette perception extrême de la nation, ainsi,

¹¹³ Le futur général s'écrit alors : « La France a perdu une bataille, mais elle n'est pas perdue la guerre (...). Je convie tous les Français, où qu'ils soient, à s'unir avec moi dans l'action, le sacrifice et dans l'espérance » (de Gaulle, cité in : Morabito (note 9), p. 367).

¹¹⁴ Lescuyer (note 72), p. 480s.

s'oppose, en France même, aux prétentions universelles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Au surplus, la nation, pour s'ériger maîtresse de l'Europe du début du XX^e siècle, bénéficie de l'Etat, forme d'organisation politique trop heureuse de pouvoir encore étendre les tentacules de sa puissance ; par la nation, il ne contrôle pas seulement les activités extérieures de l'individu mais s'immisce en son for intérieur, venant lui apprendre à aimer, à chérir, à prier. L'Etat, en quelque sorte, dès 1789, dit la messe et se mue en curé, n'est-ce en pontife suprême. La religion vient au secours de la puissance publique ; plutôt que de soumettre un christianisme vieux de près de deux mille ans, l'Etat né des Lumières préfère inventer et imposer sa propre religion par le biais des armées et des instituteurs (de nation). Il y a donc, dès la Révolution, remise en cause de la séparation des pouvoirs entre le pouvoir sacerdotal et le pouvoir politique, même si celle-ci se déguise fort adroitement pour mieux pouvoir tromper le simple quidam.

De manière plus imagée, l'Etat français crée la nation, l'enfante, la voit grandir, l'éduque, lui inflige un enseignement strict pour l'épouser en fin de compte, sur les charniers de Verdun. Mariage forcé, en Europe, ses enfants sont Première et Deuxième, les deux guerres mondiales. Cette propension au conflit, malheureusement, a tendance à se poursuivre sous d'autres cieux certes, mais de manière tout aussi déprimante. L'Etat-nation, malgré toute la sagesse humaine, semble ainsi programmé au conflit, à tout le moins jusqu'à ce que les frontières de la nation correspondent à celles de l'Etat, processus ô combien long, tortueux et douloureux. Toutefois, à partir de la fin du second conflit mondial, en France, l'intelligentsia et les milieux politiques sont plus méfiants à l'égard de l'idée nationale : 1914–1918 paraît, ainsi, en France, marquer la fusion la plus extrême de l'Etat avec la nation. Espérons que cet état de fait dure. Pour le meilleur. Quoi qu'il en soit, si en 1789 il était parfaitement correct de parler d'Etat en France, dès 1914 à tout le moins, il convient de désigner la puissance publique française comme Etat-nation. Il est dès lors difficile de surestimer l'influence de l'idée nationale dans l'émergence d'un Etat moderne en France.

UN «ABSOLUTISME CONSTITUTIONNEL» : LES CONSTITUTIONS ALBANAISES DE 1925 ET 1928

1. Introduction

De 1925 à 1939, Ahmed Zogu¹ dirige l'Albanie d'une main de fer. Il s'impose d'abord comme président puis comme monarque.

Pendant ces années zoguistes, l'organisation constitutionnelle de l'Albanie se divise en deux périodes. De 1925 à 1929, l'Albanie est une république, présidée par Ahmed Zogu. L'assemblée constituante albanaise opte pour ce régime lors de l'adoption de la constitution le 2 mars 1925. La seconde période s'étend de 1929 à 1939. Cette fois, la constitution, adoptée le 1^{er} décembre 1928, fait de l'Albanie une monarchie, régie par Ahmed Zogu.

Directement inspirées des constitutions européennes de l'époque, ces deux constitutions rapprochent-elles le jeune Etat albanais du constitutionnalisme moderne ? Montrer que sa politique vise l'occidentalisation de l'Al-

* Dr en droit de l'Université de Genève.

¹ Ahmed Zogu (1895–1961) naît dans une grande famille de la région de Mati au nord de l'Albanie. Il s'agit d'une région organisée de manière quasi-autonome sur la base des lois coutumières. Ses origines seront très utiles à Zogu pour atteindre ses ambitions politiques. En effet, chef de clan, il est capable de rassembler en peu de temps plusieurs centaines d'hommes prêts à combattre. Le prince de Wied essaie en vain de le recruter en 1914. Pendant la première guerre mondiale, Zogu se rallie sans réserve aux Autrichiens. Décoré par l'Autriche-Hongrie, il passe environ deux ans à Vienne vers la fin de la guerre. De retour en Albanie, il est ministre dans le gouvernement issu du congrès de Lushnja. Ce dernier a d'ailleurs pu se dérouler grâce à la protection armée des fidèles de Zogu. Par la suite, Ahmed Zogu devient à plusieurs reprises ministre et premier ministre, occupant ainsi une place importante dans la vie politique albanaise et ses intrigues. Victime d'un attentat, il est grièvement blessé par balle le 23 février 1924. Le 20 avril 1924, les hommes de Zogu tuent celui qui se cache derrière l'attentat du 23 février : Avni Rustemi (1895–1924), un des chefs de l'opposition. La mort de ce dernier déclenche le coup d'Etat de juin 1924 qui oblige Zogu et ses collaborateurs à se réfugier en Yougoslavie. Fort du soutien yougoslave – qui sera récompensé par la cession de certains territoires albanais à la Yougoslavie, ainsi que par la renonciation aux prétentions albanaises sur le Kosovo – Zogu revient en Albanie en décembre 1924 et chasse tous ses adversaires politiques. D'abord président, puis roi de l'Albanie, il restera au pouvoir jusqu'au 7 avril 1939, date de l'invasion de l'Albanie par l'Italie.

banie est le but affiché de Zogu ; son ambition d'occuper à vie la place du chef de l'Etat – sans tolérer la moindre opposition – est toutefois à peine voilée. La contradiction est flagrante : une constitution démocratique ne pourrait octroyer un pouvoir aussi exclusif et sans partage au chef de l'exécutif, qu'il soit président ou roi.

Il s'agira ici de démontrer que ces deux constitutions utilisent les modèles européens dans le seul but d'assurer une pleine et entière puissance au chef de l'Etat. A notre sens, sous l'apparence de constitutions modernes occidentales, ces deux textes instituent deux systèmes de dictature.

Après un bref rappel historique de l'édification de l'Etat albanais, nous comparerons les constitutions zoguistes avec celles qui semblent avoir inspiré leurs auteurs, afin de mettre en évidence leurs points communs. Il s'agira de chercher les racines des institutions et d'autres éléments importants des constitutions albanaises dans l'expérience constitutionnelle de la France, dans le Statut Albertin² et dans la constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes de 1921³. Nous montrerons ainsi de quelle manière et dans quel but le constituant albanais a utilisé les principes démocratiques prévus par ces constitutions.

2. Bref rappel des premières années de l'Etat albanais

Pour comprendre l'évolution de l'Etat albanais pendant les années zoguistes, il convient de rappeler brièvement le développement de cet Etat, qui accède à l'indépendance en 1913.

Vers la fin du XV^e siècle, les régions albanaises – tout comme les autres pays des Balkans – tombent sous la domination ottomane. Elles font officiel-

² Le Statut Albertin a régi le royaume de Sardaigne à partir de 1848 ; il a été étendu au royaume de l'Italie en 1861 et est resté formellement en vigueur dans ce pays jusqu'en 1946 ("Statut fondamental du 4 mars 1848" in Dareste, François-Rodolphe et Dareste, Pierre, *Les constitutions modernes : Europe, Afrique, Asie, Océanie, Amérique*. Paris, Sirey, 1929, Europe II, pp. 79–88).

³ La constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes du 28 juin 1921 (connue aussi sous le nom de constitution de Vidovdan – fête nationale commémorant la bataille du Kosovo du 28 juin 1389) reste en vigueur jusqu'au 5 janvier 1929. Elle est abolie par le Roi Alexandre I (1888–1934), qui met fin à une grave crise politique menaçant l'unité du pays ("Constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes du 15–28 juin 1921" in *Ibid.*, pp. 439–473).

lement partie intégrante de l'Empire ottoman jusqu'au 30 mai 1913⁴, date à laquelle la Turquie renonce aux terres albanaises dans les Balkans, dont elle avait perdu le contrôle dès le début de la première guerre balkanique (octobre 1912).

Lors de cette guerre, les Albanais se rangent du côté de l'armée ottomane ; ils espèrent utiliser la force de cette dernière pour protéger leurs territoires, occupés par les alliés balkaniques. En raison de l'échec de l'armée impériale, une assemblée de notables se réunit à Vlora et proclame l'indépendance de l'Albanie le 28 novembre 1912. Dans cette entreprise, les pères de la nation ont l'appui de l'Italie et de l'Autriche-Hongrie, toutes deux très intéressées à renforcer leur influence dans cette région.

Grâce au soutien de ces deux pays, la conférence des ambassadeurs des grandes puissances, qui se réunit à Londres à partir du 17 décembre 1912, constitue formellement l'Etat albanais en principauté indépendante. Un prince allemand protestant, Guillaume de Wied, accède au trône de l'Albanie. Toutefois, sa méconnaissance du pays, les intrigues et les complots des pays voisins conduisant à une insurrection générale, ainsi que le début de la première guerre mondiale, mettent fin aux six mois de règne du prince.

Pendant la première guerre mondiale, l'Albanie devient un champ de bataille. Ce n'est qu'à l'issue de la conférence de Paris en 1919 – qui met d'abord en doute l'existence de l'Albanie avant de la confirmer – que la véritable vie et le développement de cet Etat commencent.

Le congrès de Lushnja jette les fondements d'un système de démocratie parlementaire fin janvier 1920. Ce régime connaît des débuts difficiles. Les conflits politiques dégénèrent : ils passent de la liquidation physique des opposants au coup d'Etat, en juin 1924.

Le 24 décembre 1924, Ahmed Zogu, à la tête d'une armée de mercenaires, entre à Tirana. Il met fin aux incertitudes politiques du jeune Etat et, par la même, à la démocratie. Selon lui, la dictature est seule apte à régir la réalité politique albanaise⁵. Il n'aurait toutefois pas atteint son but sans un appui extérieur. La Yougoslavie d'abord, puis, durant plus longtemps, l'Italie, lui ont apporté un soutien déterminant.

Comme tous les hommes d'Etat albanais qui ont contribué à l'édification du jeune Etat après 1912, Ahmed Zogu s'efforce par tous les moyens de rapprocher l'Albanie de l'Europe. Ce pays ne doit donc plus être considéré

⁴ Puto, Arben, *La question albanaise dans les actes internationaux de l'époque impérialiste*. Tirana, 8 Nëntori, 1988, t. 2, Document 45, pp. 303–305.

⁵ Vllamasi, Sejfi, *Ballafaqime politike në Shqipëri*. Tirana, Neraida, 2000, p. 436.

comme une partie de l'ancienne "Turquie d'Europe"⁶, mais comme une partie de l'Europe.

Imprégné de culture occidentale – il a séjourné deux ans à Vienne vers la fin de la première guerre⁷ – Ahmed Zogu s'efforce d'instaurer un pouvoir personnel, en prenant soin de l'asseoir sur des fondements constitutionnels tirés de l'expérience des autres pays. Les années du régime zoguiste sont aussi marquées par la rédaction et l'entrée en vigueur de différents textes légaux, qui mettent fin à l'application de la législation ottomane en Albanie, à l'instar du Code Pénal (1^{er} janvier 1928), du Code Civil (1^{er} avril 1929) ainsi que du Code du Commerce (1^{er} avril 1932), tous d'inspiration occidentale. Toujours dans le but de rapprocher le pays de la culture occidentale, le régime interviendra même dans la vie privée de ses sujets puisqu'en 1937, avec l'appui des autorités musulmanes du pays, il interdit le port du voile.

3. De la république à la monarchie

Les deux constitutions zoguistes octroient une place prépondérante au chef de l'Etat. De manière directe ou indirecte, celui-ci a la haute main sur toutes les institutions. Deux questions surgissent à ce stade. La première est de savoir de quelle manière les principes démocratiques des constitutions européennes de l'époque sont utilisés pour instituer une dictature en Albanie. La deuxième est d'examiner comment Ahmed Zogu procède au passage de la république à la monarchie, alors que la constitution de 1925 prévoit l'immutabilité de la forme républicaine de l'Etat.

3.1. La république albanaise de 1925 et sa constitution

3.1.1. La proclamation de la première république albanaise

Dès son arrivée au pouvoir en décembre 1924, Ahmed Zogu s'efforce d'éliminer toute opposition à sa politique. Un grand nombre de ses adversaires politiques, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'Albanie, paient de leur vie la participation au coup d'Etat de 1924, d'autres sont condamnés à des peines de prison⁸. Etant donné que l'armée nationale a joué un rôle détermi-

⁶ Il s'agit du terme utilisé jusqu'au XIX^e siècle pour désigner les régions ottomanes des Balkans – partie intégrante du continent européen.

⁷ Fischer, Bernd, *Mbreti Zog dhe përpyekja për stabilitet në Shqipëri*. Tirana, Çabej, 2000, p. 26.

⁸ Zavalani, Tajar, *Histori e Shqipnis*. Tirana, Phoenix & Shtëpia e Librit, 1998, p. 283. D'après cet auteur ainsi que la majorité des autres auteurs, Ahmed Zogu applique un

nant en faveur du coup d'Etat de 1924⁹, Zogu la dissout. Il met sur pied une force de gendarmerie, dirigée par des hommes de confiance, qui sème la terreur.

Dans le but de créer un nouvel ordre étatique, Zogu convoque les membres de l'Assemblée constituante – dissoute par le coup d'Etat de juin 1924. Le 17 janvier 1925, l'Assemblée constituante se réunit à Tirana¹⁰.

Cette Assemblée est désormais composée des seuls députés du parti de Zogu et de ses alliés, tous les députés de l'opposition ayant quitté le pays. Dans ces conditions, son travail avance très rapidement : le 21 janvier 1925 elle décide de faire de l'Albanie une république¹¹, le 31 janvier elle approuve certains articles fondamentaux de la nouvelle constitution et octroie à Ahmed Zogu le poste de président de la république, le lendemain le nouveau cabinet est investi de la confiance de l'Assemblée ; enfin, le 2 mars 1925, donc moins d'un mois et demi après le début de ses travaux, l'Assemblée approuve la nouvelle constitution albanaise¹².

régime de terreur en particulier dans les villes de Shkodra et Vlora, centres du mouvement de 1924 (dans le même sens Fischer, Bernd, *Mbreti Zog dhe përpyekja për stabilitet në Shqipëri*, op. cit., p. 88 et p. 91 ; Pollo, Stefanaq et Puto, Arben avec la collab. de Frashëri, Kristo et Anamali, Skënder, *Histoire de l'Albanie des origines à nos jours*. Roanne, Horvath, 1974, p. 234 ; Swire, Joseph, *Albania the rise of a kingdom*. Londres, Williams & Norgate, 1929, p. 454 ; Vllamasi, Sejfi, *Ballafaqime politike në Shqipëri*, op. cit., pp. 437–438). Contra voir Vlora, Eqrem Bej, qui nie l'existence d'actes de vengeance contre les participants au coup d'Etat de 1924 (Vlora, Eqrem Bej, *Kujtime, Vëllimi i dytë 1912–1925*. Tirana, Shtëpia e Librit & Komunikimit, 2001, p. 243).

⁹ Swire, Joseph, *Albania the rise of a kingdom*, op. cit., p. 430 et p. 433. Voir aussi Zavalani, Tajar, *Histori e Shqipnis*, op. cit., p. 279. Voir aussi Vllamasi, Sejfi, *Ballafaqime politike në Shqipëri*, op. cit., pp. 368–376, l'auteur étant un des organisateurs de ce mouvement.

¹⁰ Selenica, Teki, *Shqipria më 1927*. Tirana, 1927, p. 144. Zogu est arrivé au pouvoir avec des idées claires sur le régime qu'il allait mettre en place. Ainsi, en février 1925, il déclare à l'envoyé italien Lessona (*traduction libre*) : "Mon régime devra être fatalement autoritaire et nationaliste, puisque l'irrédentisme albanais (envers la Yougoslavie et la Grèce) est la grande et l'unique voix qui, s'adressant directement au cœur de mon peuple, peut le garder uni" (Lessona, Alessandro, *Memorie*. Roma, Lessona, 1963, p. 88).

¹¹ Jusqu'à cette date, le régime politique albanais se voulait une monarchie. Le Statut de Lushnja (1920) et son élargissement (1922) prévoyaient que le chef de l'Etat était constitué d'un conseil de régence. Il s'agit d'un chef d'Etat collégial qui devait rester en fonction jusqu'à l'arrivée d'un roi.

¹² Selenica, Teki, *Shqipria më 1927*, op. cit., pp. 145–146. Voir aussi Vlora, Eqrem Bej, *Kujtime, Vëllimi i dytë 1912–1925*, op. cit., p. 252.

3.1.2. *La place du chef de l'Etat et les sources de la constitution républicaine de 1925*

La position du président de la république albanaise, également premier ministre, semble inspirée des premières années de la troisième république française, pendant lesquelles Adolphe Thiers (1797–1877) occupe la place de chef du pouvoir exécutif et dirige le conseil des ministres (1871–1873)¹³. Toutefois, dans la pratique, la position du chef de l'Etat sous la constitution albanaise de 1925 est plus forte que celle de Thiers. Cela s'explique par le fait qu'Ahmed Zogu n'a pas d'opposition et qu'il contrôle le législatif qui lui est totalement soumis.

D'après l'article 2 de la loi constitutionnelle française du 25 février 1875¹⁴, le président est élu pour sept ans s'il obtient la majorité absolue des voix des deux chambres réunies. L'article 69 de la constitution de 1925 prévoit la même procédure et le même nombre d'années pour le président albanais.

Tout comme le président français, le président albanais peut dissoudre la chambre basse. Dans le cas français le président dissout selon l'avis du Sénat (art. 5 loi du 25 février 1875). Dans le cas albanais l'on retrouve la même disposition, à la différence près que le président intervient en cas de conflit entre les deux chambres (art. 56 constitution albanaise). La compétence de dissolution du président ne s'arrête pas à ce point. En effet, le chef de l'Etat albanais peut aussi dissoudre la chambre basse si elle refuse à deux reprises consécutives d'accorder la confiance aux cabinets qui lui sont présentés (art. 77 constitution albanaise de 1925). Cette disposition vise à assurer un pouvoir absolu au président-premier ministre sur le parlement, car c'est le président-premier ministre qui propose les membres de son cabinet et c'est encore lui qui dissout le parlement en cas de refus de confiance – ou plutôt de désobéissance. Le déséquilibre des pouvoirs penche nettement en faveur du chef de l'Etat.

En France et en Albanie, la responsabilité du président ne peut être engagée que dans de rares cas. La haute trahison figure dans les deux constitutions (art. 6 loi du 25 février 1875 et art. 74 constitution albanaise de 1925) et, dans le cas albanais, s'y ajoutent les actes qui ne sont pas contresignés par le ministre compétent. C'est l'irresponsabilité politique du chef de l'Etat qui entraîne l'exigence de la contresignature des actes du président par un ministre¹⁵

¹³ Simon, Jules, *Le gouvernement de M. Thiers*. Paris, Calmann Lévy, 1879, t. 1, p. 69.

¹⁴ Godechot, Jacques, *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris, Flammarion, 1995, pp. 331–332.

¹⁵ Szramkiewicz, Romuald, et Bouineau, Jacques, *Histoire des institutions 1750–1914*. Paris, Litec, 1996, p. 475.

en France (art. 3 loi du 25 février 1875), ou par le ministre compétent en Albanie (art. 81 constitution albanaise de 1925). Cette contresignature, dans le cas albanais, est une condition purement formelle. En effet, les ministres, dépendant entièrement d'Ahmed Zogu, ne peuvent pas refuser de signer des actes émanant du chef de l'Etat.

Quant au législatif de cette première république albanaise, il ressemble à celui de la troisième république française, mais aussi à celui du Statut Albertin. Il s'agit en effet de deux chambres inégales qui, de plus, portent le même nom, à savoir le Sénat et la Chambre des députés (art. 1 loi du 25 février 1875, art. 3 Statut Albertin et art. 7 constitution albanaise de 1925).

En Albanie comme en France, le Sénat n'a pas une composition entièrement démocratique¹⁶. Ainsi, une partie de ses députés n'est pas élue mais nommée : en France par l'Assemblée nationale (art. 1^{er} loi du 24 février 1875, relative à l'organisation du Sénat¹⁷), en Albanie par le chef de l'Etat (art. 49). Inhabituelle dans une république, cette compétence rapproche beaucoup le président albanais de la position d'un monarque. D'ailleurs, les membres de la Chambre des pairs dans les constitutions françaises de 1814 et 1830 et du Sénat dans le Statut Albertin sont nommés par le roi.

Pour juger les ministres et les autres hauts fonctionnaires de l'Etat, la république albanaise crée une Haute Cour d'Etat. Celle-ci est largement composée de membres issus du Sénat (cinq sur sept – art. 57 constitution albanaise de 1925). Cette prédominance du Sénat pourrait provenir de l'expérience de la troisième république française et du Statut Albertin qui, eux, octroient au seul Sénat la compétence de Haute Cour de l'Etat.

La condition d'éligibilité, relative à l'âge des candidats au Sénat, est de 40 ans (art. 52 constitution albanaise de 1925). C'est le même âge que prévoient la loi française du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat (art. 3) et le Statut Albertin (art. 33).

Le chef de l'Etat albanais – nous l'avons dit – est aussi premier ministre. Tout comme en France, le ministre de la justice dirige les travaux du conseil des ministres. Toutefois, alors qu'en France Adolphe Thiers nomme par décret le ministre de la justice au poste de vice-président du conseil¹⁸, en Albanie le ministre de la justice semble être un *primus inter pares* et ne porte pas de titre officiel¹⁹. La constitution lui octroie cependant "une place prépondérante" lors des présentations officielles du gouvernement (art. 92).

¹⁶ *Ibid.*, p. 476.

¹⁷ Godechot, Jacques, *Les constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., pp. 332–334.

¹⁸ Esmein, Adhémar, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris, Sirey, 1928, II, p. 248.

¹⁹ Dervishi, Kastriot, *Historia e Shtetit shqiptar*. Tirana, Shtëpia botuese 55, 2006, p. 233.

D'autres dispositions du chapitre consacré au gouvernement reprennent les lois constitutionnelles de la troisième république – comme la responsabilité individuelle et solidaire des ministres (art. 6 loi française du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics, art. 89 constitution albanaise de 1925) –, ou du Statut Albertin – comme le vote des ministres seulement dans la chambre du législatif à laquelle ils appartiennent (art. 66 Statut Albertin, art. 86 constitution albanaise).

L'adoption des décrets-lois par le gouvernement albanais (art. 88) rappelle aussi les expériences française et italienne. Il est toutefois surprenant que la seule condition d'adoption de ces actes en Albanie soit celle de se trouver en période de vacances parlementaires ; rien ne fait référence, comme dans les deux autres pays, à une situation extraordinaire qui exige une intervention rapide de l'Etat²⁰. En outre, contrairement à la France et à l'Italie où les décrets-lois découlent de la pratique, l'Albanie prévoit expressément ces actes dans sa constitution. Précisons qu'ils doivent être soumis au parlement, pour approbation, lors de la prochaine réunion de celui-ci.

3.1.3. *La modification de la constitution*

La modification de la constitution est un point très important de la constitution républicaine de 1925. Elle semble puiser sa source dans les lois constitutionnelles de la troisième république française. Deux éléments méritent d'être mis en évidence.

Le premier concerne la procédure de révision de cette constitution albanaise (art. 141) qui reprend celle prévue à l'article 8 de la loi constitutionnelle française du 25 février 1875. Il y est question de délibérations séparées des chambres qui doivent décider, à la majorité absolue pour la France, à la majorité qualifiée des trois quarts pour l'Albanie, s'il est nécessaire de réviser le texte constitutionnel. Ces délibérations ont lieu spontanément ou sur demande du chef de l'Etat en France, seulement sur la demande du chef de l'Etat en Albanie. Le constituant albanais reprend ici ce que prévoit cet article 8 de la loi constitutionnelle française comme disposition transitoire pendant la présidence de Mac Mahon (1808–1893) ; ce dernier était donc seul habilité à demander aux chambres ces délibérations. Ensuite, d'après les deux constitutions, les chambres se réunissent et procèdent aux changements. Les décisions sont prises à la majorité absolue en France, à la majorité qualifiée des trois quarts en Albanie.

²⁰ Esmein, Adhémar, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., II, p. 98.

Le deuxième point concerne le régime politique. En France, l'article 2 de la loi du 14 août 1884, portant révision partielle des lois constitutionnelles²¹, prévoit l'immutabilité de la forme républicaine de l'Etat. L'article 141 de la constitution albanaise de 1925 reprend cette disposition.

3.1.4. *Remarques conclusives sur la constitution albanaise de 1925*

La constitution albanaise de 1925 octroie des pouvoirs très larges au chef de l'Etat, en l'occurrence Ahmed Zogu. Ce dernier est à la fois président et premier ministre. Il a la haute main sur la Chambre des députés et nomme un tiers des membres de la chambre haute. Nous avons établi que la constitution républicaine de 1925 emprunte ses dispositions concernant le chef de l'Etat à la troisième république française. Ahmed Zogu veut montrer ainsi qu'il se situe dans la lignée des patriotes albanais qui, depuis Ismail Qemali²² en 1912, se sont efforcés de rapprocher la législation albanaise des législations occidentales et de se distancier des lois ottomanes. Quoi de plus significatif que de choisir comme modèle constitutionnel celui de la France, qui demeure dans l'esprit des juristes albanais le modèle démocratique occidental par excellence ?

Toutefois, une comparaison détaillée nous montre que la constitution albanaise n'emprunte aux lois constitutionnelles de la troisième république que les dispositions qui octroient un pouvoir élargi au chef de l'Etat. Toutes celles qui font contrepoids à ce pouvoir sont soigneusement écartées. D'autres sont modifiées ou adaptées dans ce seul but. L'équilibre et la séparation des pouvoirs – bien que prévues par la constitution – ne trouvent aucune application concrète. La balance des pouvoirs est en complet déséquilibre en faveur du chef de l'Etat.

²¹ Godechot, Jacques, *Les constitutions de la France depuis 1789*, op. cit., p. 337.

²² Ismail Qemali naît à Vlora en 1844. Sa famille est la plus grande propriétaire terrienne de la région. Formé dans les meilleures écoles de l'Empire Ottoman, il devient haut fonctionnaire dudit Empire. Avoir rédigé un programme de réformes visant à faire de cet Empire un Etat fédéral lui vaut la disgrâce du Sultan, ce qui l'oblige, à partir de 1900, à s'installer en Europe occidentale. Membre actif du mouvement des Jeunes Turcs, Ismail Qemali devient membre du parlement ottoman en 1908. Déçu par les Jeunes Turcs et appuyé par l'Autriche-Hongrie, il œuvre en faveur du mouvement national albanais. En novembre 1912, après des rencontres de haut niveau à Vienne et assuré de l'appui de la double monarchie, il convoque une assemblée nationale à Vlora qui proclame l'indépendance de l'Albanie. Premier ministre du premier gouvernement albanais, il exerce cette fonction pendant 14 mois avant de remettre ses pouvoirs à la Commission internationale de contrôle – envoyée en Albanie par les grandes puissances – et de quitter le pays en janvier 1914. Ismail Qemali meurt en Italie en 1919.

Le régime de la constitution de 1925 se veut républicain, mais l'omnipotence du chef de l'Etat relativise cette volonté. L'immutabilité de la forme républicaine de l'Etat est soumise à la même procédure de modification que la constitution elle-même. Ce genre de dispositions n'assure donc pas la république éternelle ; tout au plus, elle rassure.

La proclamation du royaume albanais en 1928 montre que la constitution sert davantage à préparer l'accession au trône d'Ahmed Zogu qu'à bâtir la république.

3.2. La monarchie albanaise de 1928 et sa constitution

3.2.1. La proclamation de la monarchie

Dès son arrivée au pouvoir en décembre 1925, Ahmed Zogu s'emploie à trouver un allié à l'échelon international. En effet, il ne peut pas rester lié à la Yougoslavie, qui l'a certes aidé activement à revenir au pouvoir mais a toujours suivi une politique expansionniste envers l'Albanie. Son regard se porte alors sur l'Italie, dont il rencontre le représentant le 2 janvier 1925 déjà. Il lui déclare que le gouvernement albanais accordera une place primordiale aux intérêts économiques italiens en Albanie²³. Le 20 janvier, en tant que premier ministre, Zogu s'adresse directement à Mussolini pour le mettre au courant de sa nouvelle fonction et lui exprimer une fois de plus son vif désir de rapprochement avec l'Italie²⁴. Dans sa réponse, Mussolini, qui n'est pas encore sûr de la sincérité de Zogu, se borne à préciser que l'amitié de l'Italie dépendra de l'action du gouvernement albanais²⁵. Entre-temps, le représentant de l'Albanie à Rome reçoit un document énonçant les exigences économiques de l'Italie envers l'Albanie, de l'acceptation desquelles dépend l'attitude de l'Italie envers le gouvernement albanais. L'Italie rappelle aussi qu'elle utilisera tous les moyens nécessaires pour défendre ses intérêts²⁶.

²³ Ministero degli Affari esteri. *I documenti diplomatici italiani*. Settima serie : 1922–1935. Rome, Libreria dello stato : Istituto poligrafico dello stato, 1953–1990, n° 654, p. 399. Il répétera avec insistance cette déclaration lors de la rencontre du 15 janvier avec ce même représentant (*Ibid.*, n° 674, p. 415).

²⁴ *Ibid.*, n° 681, p. 418.

²⁵ *Ibid.*, n° 687, p. 422.

²⁶ Pastorelli, Pietro, *Italia e Albania 1924–1927*. Florence, Biblioteca della "Rivista di studi politici internazionali" in Firenze – seconda serie : XIII, 1967, p. 103. Les exigences du gouvernement italien sont les suivantes (*traduction libre*) : "1. La ratification par l'Albanie du traité du commerce et de la navigation et de la convention consulaire et de l'établissement avec l'Italie, signés à Rome en 1924. 2. La concession [à l'Italie] de la recherche et l'exploitation des réserves pétrolières de l'Albanie. 3. Une participation adéquate de l'Italie aux concessions de travaux publics en Albanie. 4. La

Dans les deux ans qui suivent, l'Italie réussit à s'assurer une mainmise totale sur l'Albanie. Un pacte important est signé le 27 novembre 1926 à Tirana²⁷, qui place l'Albanie dans une position de protectorat de l'Italie. Pour garantir définitivement cette position, l'Italie doit assurer la permanence au pouvoir d'Ahmed Zogu. La meilleure façon d'y arriver est de permettre à

définition et l'arrangement de tout ce qui concerne la concession des forêts albanaises aux entreprises italiennes. 5. La confirmation et la prolongation pour dix ans de la concession de pêche dans les eaux albanaises du lac de Shkodra, déjà accordée pour cinq ans à l'entreprise italienne *Fabiano e Co*. 6. Le droit de priorité en faveur d'une entreprise italienne pour l'exploitation du bassin carbonifère de Memaliaj, déjà accordé dans le passé à l'entreprise italienne *Sigma*. 7. La confirmation de l'accord supplémentaire conclu récemment entre la Société italienne des Mines de Selenitza et le Ministère albanais des travaux publics relatif, entre autres, aux transports entre Vlorë et les mines. 8. La résolution favorable de la controverse pendante entre le gouvernement albanais et la société italienne *Silba* concernant les scieries de Llogora. 9. [La création de] la banque de l'Etat albanais" (*Ibid.*, p. 104).

27

Les termes de ce pacte sont les suivants : "L'ALBANIE ET L'ITALIE, dans l'intention de resserrer leurs rapports mutuels d'amitié et de sécurité, eu égard à leur situation géographique, et de contribuer à la consolidation de la paix ;

Animées du désir de maintenir le *statu quo* politique, juridique et territorial de l'Albanie, dans le cadre des traités dont les deux pays sont signataires et du pacte de la Société des Nations,

Ont convenu de conclure le présent Pacte d'amitié et de sécurité,

Et ont nommé, à cet effet, pour leurs plénipotentiaires :

SON EXCELLENCE LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE ALBANAISE : Son Excellence M. Vrioni, Ministre des Affaires Étrangères de la République albanaise ;

SA MAJESTÉ LE ROI D'ITALIE : Son Excellence le baron Pompeo Aloisi, envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire de Sa Majesté en Albanie ;

Lesquels, après avoir pris connaissance de leurs pleins pouvoirs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus de ce qui suit : *Article premier*. L'Albanie et l'Italie reconnaissent que toute perturbation tendant à modifier le *statu quo* politique, juridique et territorial de l'Albanie est contraire à leur intérêt politique réciproque. *Art. 2*. Pour la sauvegarde de l'intérêt susmentionné, les Hautes Parties contractantes s'engagent à se prêter un mutuel appui et une collaboration cordiale ; chacune d'elles s'engage pareillement à ne pas conclure avec d'autres Puissances des accords politiques ou militaires au préjudice des intérêts de l'autre, y compris ceux qui sont définis dans le présent Pacte. *Art. 3*. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à soumettre à une procédure spéciale de conciliation ou d'arbitrage les questions qui pourraient les diviser et qui n'auraient pu être résolues par la procédure diplomatique ordinaire. Les modalités de cette procédure de règlement pacifique feront l'objet d'une convention spéciale qui sera conclue dans le plus bref délai. *Art. 4*. Le présent Pacte aura une durée de cinq années et pourra être dénoncé ou renouvelé un an avant l'expiration de ce délai. *Art. 5*. Le présent Pacte sera ratifié, puis enregistré à la Société des Nations. Les instruments de ratification seront échangés à Rome.

Tirana le 27 novembre 1926." (Société des Nations. *Recueil des traités et engagements internationaux enregistrés par le Secrétariat de la Société des Nations*. Genève, 1927, vol. LX, pp. 16–21).

Zogu d'accéder au trône de l'Albanie, ce qui correspond aux aspirations du président albanais²⁸.

Mussolini propose à Zogu de devenir roi d'Albanie, mais à la condition de signer un nouveau pacte, qui place les forces armées albanaises sous le contrôle complet de l'Italie. Ce pacte est signé le 22 novembre 1927²⁹. La voie de l'accession au trône albanais est ainsi ouverte à Ahmed Zogu.

²⁸ Pastorelli, Pietro, *Italia e Albania 1924–1927*, op. cit., pp. 453–456.

²⁹ Les termes de ce pacte sont les suivants : "L'ITALIE ET L'ALBANIE, désireuses d'affirmer à nouveau solennellement et de développer les liens de solidarité qui existent heureusement entre les deux Etats, et de consacrer tous leurs efforts à éliminer les causes qui pourraient troubler la paix existant entre elles et avec les autres Etats, Reconnaissant les bienfaits résultant d'une étroite collaboration entre les deux Etats, Et confirmant à nouveau que l'intérêt et la sûreté de l'une sont réciproquement liés à l'intérêt et à la sûreté de l'autre,

Ont décidé de conclure, par le présent traité, une alliance défensive, dont l'unique but est d'affermir les rapports naturels existant heureusement entre les deux Etats pour assurer une politique de développement pacifique,

Et ont, à cet effet, désigné pour leurs plénipotentiaires :

SA MAJESTÉ LE ROI D'ITALIE : Son Excellence M. Ugo Sola, chevalier de l'Ordre des Saints Maurice et Lazare, grand cordon de l'Ordre de Skanderbeg, etc., etc., son envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire en Albanie ;

SON EXCELLENCE LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE ALBANAISE : Son Excellence Ilias Bey Vrioni, grand cordon des Ordres de Skanderbeg et de la couronne d'Italie, etc., etc., son ministre des Affaires étrangères ;

Lesquels, après avoir échangé leurs pleins pouvoirs et les avoir reconnus en bonne et due forme, sont convenus de ce qui suit : *Article premier.* Tous les traités antérieurs conclus entre les deux Hautes Parties depuis l'entrée de l'Albanie dans la Société des Nations seront observés exactement et fidèlement, dans les limites établies par les textes de ces traités, en sorte qu'il y aura une amitié sincère et parfaite entre les deux peuples et entre les deux gouvernements, ainsi qu'une assistance réciproque, étant entendu que chacune des Hautes Parties soutiendra les intérêts et les avantages de l'autre avec le zèle dont elle use pour soutenir ses propres intérêts et avantages. *Art. 2.* Il y aura une alliance défensive inaltérable entre l'Italie, d'une part, et l'Albanie, de l'autre, pendant vingt ans, laquelle pourra être dénoncée au cours de la dix-huitième ou de la dix-neuvième année de sa durée. Au cas où cette dénonciation n'aurait pas lieu, l'alliance sera considérée comme tacitement renouvelée pour une période égale. Les deux Hautes Parties contractantes emploieront toute leur attention et tous leurs moyens pour garantir la sûreté de leurs Etats et pour assurer leur défense et sauvegarde réciproque contre toute attaque étrangère. *Art. 3.* En conséquence des engagements assumés dans les articles précédents, les deux Hautes Parties contractantes agiront d'accord pour le maintien de la paix et de la tranquillité, et, au cas où l'une des Hautes Parties serait menacée d'une guerre non provoquée par elle, l'autre Partie emploiera tous ses moyens les plus efficaces, non seulement pour prévenir les hostilités, mais encore pour assurer une juste satisfaction de la Partie menacée. *Art. 4.* Au cas où tous les moyens de conciliation auraient été vainement épuisés, chacune des Hautes Parties s'engage à suivre le sort de l'autre, en mettant à la disposition de son alliée toutes les ressources militaires, financières et de toute autre nature, propres à fournir

Bien qu'aucune opposition interne n'empêche son accession au trône, Ahmed Zogu veut donner l'impression qu'il respecte l'ordre constitutionnel albanais. Rappelons que – suivant l'exemple de la troisième république française – la constitution albanaise de 1925 prévoit l'immutabilité de la forme républicaine de l'Etat.

Après l'avoir présenté à Mussolini – qui accepte sa proposition sans aucune réserve³⁰ –, Zogu met en œuvre son plan pour le changement du régime. La procédure est la suivante :

Le lendemain de la fin des travaux parlementaires de la session de printemps 1928, à savoir le 1^{er} juin de cette même année, le président Ahmed Zogu convoque les députés des deux chambres à une session extraordinaire afin de discuter de la révision de la constitution qui comporte, d'après Zogu, un certain nombre de lacunes³¹.

Les chambres se réunissent le 7 juin et décident d'ajouter à l'article 141 un alinéa qui octroie à une assemblée constituante la compétence de modifier totalement la constitution et dispose que, si les chambres décident qu'il est indispensable de procéder à cette modification, elles sont automatiquement dissoutes et de nouvelles élections doivent avoir lieu pour l'assemblée constituante. Le même jour, les chambres s'empressent de déclarer la nécessité de modifier la constitution et, n'étant pas compétentes pour le faire, elles sont dissoutes. Le lendemain, le président décide par décret que de nouvelles élections se tiendront le 17 août 1928³².

L'aide financière italienne ainsi que l'usage de la force publique, entièrement dans ses mains, permettent à Zogu de faire gagner ces élections à ses plus fervents partisans. Pour éviter qu'ils ne se présentent, les candidats qui pourraient s'opposer à la monarchie sont arrêtés avant les élections³³. Cette méthode porte ses fruits puisque l'assemblée constituante qui se réunit le

une aide pour surmonter le conflit, si cette aide est demandée par la Partie menacée. *Art. 5.* Dans toutes les hypothèses prévues à l'art. 4, les deux Hautes Parties contractantes s'engagent à ne pas conclure ou entamer de pourparlers de paix, d'armistice ou de trêve, sans un accord commun. *Art. 6.* Le présent traité a été signé en quatre textes originaux, dont deux en langue italienne et deux en langue albanaise, qui font également foi. *Art. 7.* Le présent traité sera ratifié et ensuite enregistré à la Société des Nations. Les ratifications seront échangées à Rome.

Fait à Tirana, le vingt-deux novembre mil neuf cent vingt-sept (1927)." (Société des Nations. *Recueil des traités et engagements internationaux enregistrés par le Secréariat de la Société des Nations*, op. cit., 1928, vol. LXIX, pp. 348–350).

³⁰ Ministero degli Affari esteri. *I documenti diplomatici italiani*, op. cit., n° 329, p. 289.

³¹ Gjilani, Feti, "Shteti dhe e drejta gjatë regjimit të A. Zogut" in *Historia e Shtetit dhe e së drejtës në Shqipëri* (2). Tirana, Luarasi, 1997, pp. 182–183.

³² *Ibid.*, p. 183.

³³ Fischer, Bernd, *Mbreti Zog dhe përpyekja për stabilitet në Shqipëri*, op. cit., p. 152.

25 août après seulement six jours de discussions décide, le 1^{er} septembre 1928, de proclamer un royaume démocratique, parlementaire et héréditaire. En même temps, elle offre la couronne royale au président Ahmed Zogu³⁴.

Désormais, l'Albanie est un royaume régi par Zog I^{er} Roi des Albanais. Le jour même, l'Italie reconnaît officiellement le nouveau royaume³⁵, mais elle profite le plus possible de la situation de Zogu en signant, la veille même de cet événement, un accord d'application du traité d'alliance avec l'Albanie qui place officiellement l'organisation de l'armée albanaise en mains italiennes³⁶. Ce même 1^{er} septembre 1928, le gouvernement albanais envoie une note au représentant italien pour l'assurer notamment du respect, par le nouveau régime, des engagements pris envers l'Italie³⁷. L'assemblée constituante, qui termine sa mission le 1^{er} décembre 1928 par l'adoption de la constitution de la monarchie, décide le même jour sa transformation en parlement³⁸.

³⁴ Gjilani, Feti, "Shteti dhe e drejta gjatë regjimit të A. Zogut" in *Historia e Shtetit dhe e së drejtës në Shqipëri* (2), *op. cit.*, p. 184.

³⁵ Ministero degli Affari esteri. *I documenti diplomatici italiani*, *op. cit.*, vol. VI, n° 612, pp. 543–544. Au début, la Yougoslavie se montre hostile à la reconnaissance du royaume albanais. Ce qui lui pose problème est le titre de "Roi des Albanais" car l'attribution de la région albanaise du Kosovo à la Yougoslavie a eu pour conséquence qu'une partie de la population albanaise est incluse dans les frontières yougoslaves. Dans un de ses télégrammes adressés à Mussolini, le ministre italien en Albanie, Ugo Sola, dit que Zogu n'avait jamais réfléchi au choix du titre. Venant d'un diplomate avec des qualités exceptionnelles comme Sola, cette affirmation nous semble pour le moins étrange, puisque lui-même s'est entretenu pendant de longs moments avec Zogu qui avait exprimé son souci que, dans le cas d'une conflagration balkanique ou de problèmes internes à la Yougoslavie, l'Albanie puisse récupérer le Kosovo grâce à l'appui de l'Italie (*Ibid.*, n° 617 et n° 618, p. 547 ; n° 466, pp. 406–407 ; n° 570, p. 503 ; n° 598, pp. 528–529). A notre avis, il n'est pas exclu que ce titre ne soit pas innocent et que Zogu ait voulu utiliser l'Italie pour unifier l'Albanie divisée. Il est vrai qu'en 1925 il avait sacrifié le Kosovo pour utiliser les forces yougoslaves dans sa prise du pouvoir, mais désormais les conditions sont tout à fait différentes, car il est en conflit avec la Yougoslavie et jouit de l'appui d'un Etat puissant, l'Italie. La Yougoslavie finit quand même par reconnaître le nouveau régime dans le courant du mois de septembre.

³⁶ *Ibid.*, n° 611, pp. 538–543.

³⁷ *Ibid.*, n° 613, p. 544.

³⁸ Cela est prévu par l'article 230 de la nouvelle constitution albanaise. Voir aussi Gjilani, Feti, "Shteti dhe e drejta gjatë regjimit të A. Zogut" in *Historia e Shtetit dhe e së drejtës në Shqipëri* (2), *op. cit.*, pp. 184–185.

3.2.2. *La place du chef de l'Etat et les sources de la constitution monarchique de 1928*

La position du roi dans la constitution de la monarchie albanaise de 1928 rappelle une fois de plus l'expérience française, plus spécifiquement la monarchie parlementaire française de 1814 à 1848, mais aussi deux autres textes constitutionnels, à savoir le Statut Albertin et la constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes de 1921.

L'appartenance du pouvoir exécutif au roi ainsi que la responsabilité de ses ministres – qui signifie l'irresponsabilité du roi – proviennent des chartes constitutionnelles françaises de 1814 et 1830 (art. 13 charte 1814 et art. 12 charte 1830). Toutefois, ces chartes semblent n'influencer qu'indirectement la constitution albanaise, notamment par le biais de la constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes de 1921. En effet, l'article 47 de cette dernière apporte un élément qui ne se trouve pas explicitement dans les chartes françaises – mais figure à l'article 13 de la constitution de la monarchie albanaise – à savoir l'exercice du pouvoir exécutif par le roi dans le seul cadre prévu par la constitution.

Les deux chartes françaises stipulent que le roi et les deux chambres exerceront conjointement le pouvoir législatif (art. 15 charte 1814 et art. 14 charte 1830). Il en est de même du Statut Albertin (art. 3). Nous retrouvons une formulation identique à l'article 8 de la constitution albanaise de 1928, selon lequel le pouvoir législatif appartient au roi et au parlement composé, dans ce cas, d'une seule chambre.

Toutes ces constitutions attribuent l'initiative législative au roi en tant que chef de l'exécutif. Celui-ci sanctionne et promulgue les lois. Toutefois, la constitution albanaise apporte un élément qui ne figure pas dans les autres textes constitutionnels. Si le roi n'oppose pas son veto au projet de loi et ne demande pas une nouvelle discussion parlementaire dans un délai de trois mois, cette loi est considérée comme refusée. C'est donc le contraire du principe "qui ne dit mot consent", principe appliqué en droit public pour la promulgation des lois par le chef de l'Etat. Cette disposition vise donc à assurer la prédominance du roi sur le parlement. Elle oblige cependant le chef de l'Etat à être attentif aux délais, car un simple oubli mène au rejet de la loi.

A l'instar des chartes françaises (art. 67 charte 1814, art. 58 charte 1830) et du Statut Albertin (art. 8), en Albanie, le droit de grâce et celui de commuer les peines appartiennent au roi. Cependant, selon la constitution albanaise, le roi peut aussi réduire les peines – l'on trouve ici la trace de l'article 50 § 3 de la constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes de 1921.

La constitution albanaise reprend encore des idées de la constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes dans le chapitre consacré à la ré-

gence. Ainsi, en cas d'incapacité ou de mort du roi et quand son héritier est mineur, ses pouvoirs sont exercés par la régence. Dans les deux pays, cette régence est collégiale. Elle est composée de trois personnes élues par l'assemblée nationale dans le royaume des Serbes, Croates et Slovènes (art. 61). Elle est aussi composée de trois membres dans le royaume albanais – sauf si la reine-mère est en vie, auquel cas elle y participe de plein droit (art. 59). La régence albanaise n'est pas composée de membres élus mais de membres de droit. Ce sont en effet le président du parlement, le premier ministre et le président du conseil d'Etat qui sont les régents. Pendant les vacances du trône, lors d'une maladie qui n'entraîne pas l'incapacité permanente du roi ou lorsque celui-ci se déplace à l'étranger, c'est le conseil des ministres qui exerce les attributions royales. Ce principe est le même dans les deux constitutions ; il en est de même de l'interdiction faite au conseil des ministres de dissoudre le parlement pendant qu'il exerce les prérogatives royales (art. 59 constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes ; art. 53, art. 65–67 constitution albanaise de 1928). Enfin, dans les deux cas, nous constatons une limitation dans le temps de l'exercice du pouvoir royal par le gouvernement : il s'agit de six mois dans le royaume des Serbes, Croates et Slovènes (art. 59) et de trois mois en Albanie (art. 68 constitution albanaise de 1928).

Dans la monarchie albanaise de 1928, le parlement est monocaméral. Le modèle albanais se rapproche ainsi de celui du royaume des Serbes, Croates et Slovènes. Il semble toutefois qu'il y ait peu d'autres points communs entre les deux constitutions, à l'instar du droit de dissolution du parlement qui appartient dans les deux cas au roi, dont le décret doit être contresigné par tous les ministres (art. 52 § 6 constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes et art. 95 constitution albanaise – dans le cas de l'Albanie, cette dernière condition est une pure formalité car les ministres ne peuvent s'opposer au roi). En effet, le chapitre consacré au parlement albanais contient seulement les grands principes d'organisation du législatif, déjà présents dans les constitutions précédentes de l'Albanie.

Comme les autres textes que nous avons mentionnés ici, la constitution albanaise adopte le concept des "ministres du roi" (art. 72 constitution albanaise), que celui-ci peut nommer et révoquer (art. 75 constitution albanaise). Suivant le même exemple, les ministres albanais peuvent être membres du législatif (art. 107 constitution albanaise). En outre, le roi albanais peut, s'il le juge nécessaire, convoquer le gouvernement et diriger ses travaux (art. 77).

La mise en accusation des ministres et autres instances élevées de l'Etat albanais suit l'exemple de la constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes (art. 93). En effet, cette compétence est confiée à une Haute Cour de l'Etat. Instance extraordinaire, sa composition est identique en Albanie et chez son voisin du nord (art. 137 constitution albanaise). Toutefois, alors que

dans la constitution des Serbes, Croates et Slovènes, les ministres sont envoyés devant la Haute Cour par le roi et l'assemblée nationale (art. 91), en Albanie cette compétence est réservée au roi (art. 76). Cette responsabilité pénale des ministres est limitée dans le temps : cinq ans dans la constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes (art. 92) et quatre ans dans la constitution albanaise (art. 110).

Tout comme la constitution de son voisin du nord, la constitution albanaise prévoit que les ministres sont responsables devant le roi et le parlement (art. 109 constitution albanaise et art. 91 constitution du royaume des Serbes, Croates et Slovènes).

La procédure de modification de la constitution de la monarchie albanaise (art. 224 à art. 227) semble directement inspirée de celle du royaume des Serbes, Croates et Slovènes (art. 125 et art. 126). Il s'agit d'une procédure très lourde, qui implique la dissolution du parlement dès l'acceptation du principe de modification de la constitution, l'élection d'une assemblée qui, après avoir approuvé les modifications, se dissout aussi de plein droit, ce qui implique de nouvelles élections.

La constitution albanaise de 1928 reprend toutefois de celle qui la précède le principe de l'immutabilité du régime qui, cette fois, est la monarchie. En outre, la constitution assure l'immutabilité de la titularité du trône à Zog I^{er} et à ses descendants, ainsi que l'interdiction de réunir la couronne albanaise à celle d'un autre royaume.

3.2.3. *Remarques conclusives sur la constitution de 1928*

En lui attribuant le trône d'Albanie, la constitution monarchique octroie en outre à Zog I^{er} de très larges pouvoirs. Il a la haute main sur toutes les institutions de l'Etat. C'est ainsi qu'il peut en tout temps réunir et présider le conseil des ministres (qu'il nomme et révoque), dissoudre le parlement "s'il le juge nécessaire", ou encore modifier les décisions judiciaires.

Tout comme la constitution républicaine qui la précède, la constitution monarchique de 1928 emprunte de nombreuses notions, principes, voire des articles entiers aux textes constitutionnels d'autres pays. Toutefois, et de la même manière que dans la constitution précédente, ses rédacteurs ont pris soin d'y faire figurer seulement les dispositions qui octroient un pouvoir étendu au roi, sans prévoir de contrepoids à son omnipotence. C'est cette atteinte au principe de la séparation et à l'équilibre des pouvoirs qui assure la place de Zog I^{er}. Ce dernier jouit donc d'un pouvoir absolu et, qui plus est, cet absolutisme résulte de la constitution.

4. Conclusion

Treize ans après la proclamation de son indépendance, cinq ans après la confirmation de son existence par le congrès de Versailles, en janvier 1925, l'Etat albanais n'a pas encore de structures étatiques fonctionnelles sur tout son territoire.

L'instabilité politique du pays, due à une profonde méconnaissance des principes fondamentaux de la démocratie, est la cause de cette faiblesse. Elle constitue l'argument principal sur lequel s'appuie Ahmed Zogu pour instaurer sa dictature et en finir ainsi avec les gouvernements éphémères à la merci de coups d'Etat.

Zogu ne peut toutefois réaliser ses projets sans une aide extérieure. Connaissant les visées annexionnistes des voisins balkaniques sur l'Albanie, il cherche l'appui de l'Italie. Cette dernière, tout en ayant des intérêts économiques et stratégiques en Albanie, ne partage pas de frontières terrestres avec ce pays. L'Italie fasciste encourage Zogu dans ses ambitions en lui offrant des moyens financiers considérables.

En instaurant son pouvoir personnel et malgré le fait qu'il s'impose en dictateur, Ahmed Zogu se révèle être l'homme de la situation. Il connaît fort bien la mentalité de son pays, ainsi que sa classe politique dont il a été l'un des acteurs pendant les premières et difficiles années de la démocratie albanaise. Il lui revient donc la tâche difficile de construire un Etat dont la population, pendant de longs siècles, a vécu de façon autonome et s'est souvent montrée hostile à toute autorité extérieure.

Il est incontestable que l'aide financière de l'Italie a été déterminante pour la construction et les échanges économiques du nouvel Etat albanais. Toutefois, ce soutien ne visait que l'entrée de l'Albanie dans la sphère italienne. Il semble qu'Ahmed Zogu ait sous-évalué le risque d'agression de l'Albanie par l'Italie. Si tel est le cas, il s'en est rendu compte à ses dépens le vendredi saint 7 avril 1939.

Bien qu'inspirées des modèles démocratiques de l'époque, les constitutions zoguistes ne respectent pas le principe fondamental de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs. La concentration des pouvoirs dans les mains d'un seul homme vide les principes démocratiques de leur substance. Pour instituer une démocratie, une constitution doit contenir l'ensemble des principes fondamentaux et pas seulement ceux qui plaisent ou arrangent une personne ou un groupe de personnes.

Constitutions et lois sont le fait de l'homme qui doit les respecter en son âme et conscience. En démocratie, elles sont l'expression de la volonté générale. C'est ici la grande différence entre un système démocratique et celui

institué par Ahmed Zogu : les constitutions albanaises de 1925 et 1928 reflètent la seule volonté du chef de l'Etat et de son entourage ; par conséquent, elles ne correspondent pas à des modèles démocratiques.

RECENSIO LIBRI SELECTI

Thomas Berns, *Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique*. Paris, Presses Universitaire de France, 2009, 167 p.

Selon l'auteur de ce livre, la politique, pendant longtemps, a été structurée par les modèles normatifs découlant des principes abstraits de la loi et de la souveraineté. Dans les dernières années du XVI^e siècle font leur apparition d'autres formes de normativité, dont l'origine se trouverait dans la fiscalité, l'économie politique et la statistique. Les controverses suscitées par les premiers projets de recensements permettraient d'entrevoir les traits distinctifs du crédo « gouverner sans gouverner » du néo-libéralisme, de saisir les contours d'un projet visant à façonner les comportements collectifs, à inculquer aux individus des finalités séparées et différentes, à faire valoir la croyance que l'action de bien gouverner découle de l'observation continue du réel et que celui-ci est régi par des normes collectives spécifiques, celles mises en lumière, avant tout, par la statistique.

L'auteur trace, en suivant le sillon de Jacqueline Hecht, l'archéologie d'un tel chambardement culturel. La place de choix est attribuée à Jean Bodin, à son premier chapitre du livre VII de *La République* où la « censure » (= « l'estimation des biens de chacun »), parfaitement conceptualisée, est reprise par un nombre importants d'auteurs au fil des années suivantes. L'histoire des recherches sociales empiriques démontre que les constructions théoriques de ces auteurs sont restées telles jusqu'à la moitié du XVII^e siècle, quand la « Staatenkunde » allemande, l'Arithmétique politique anglaise et les statistiques descriptives de Colbert, Vauban, Dodun, Orry, Terray, Bertin, de l'Averdy et de tant d'autres, ont pu mettre au point la méthodologie et les techniques des recensements. Cependant, les usages pratico-politiques des diverses formes de comptages, perçus tantôt en tant que moyen de connaissance du monde social et tantôt comme des outils pour donner ou étendre l'hégémonie d'une classe dominante, vont progresser lentement. Les règles techniques à la base des travaux statistiques (à ne pas confondre avec les normes prescrivant des impératifs positifs ou négatifs) continuent à être variables, incertaines, aléatoires, hypothétiques. Ces règles n'ont jamais constitué un projet moral doté d'obligations. Il n'est donc pas du tout pertinent de mélanger les normes avec les règles techniques, d'ignorer la frontière entre les comportements régulés et réguliers et les autres, d'affirmer que les normes sont opaques, que le réel est transparent, que le paradigme centré sur la loi n'alimente plus l'exercice du pouvoir politique, que ce dernier « gouverne

sans gouverner ». En plus, comment négliger le fait que les statistiques ne sont pas un outil démocratique ? (*Esprit*, octobre 2010, pp. 175–180).

Laissons de côté la thèse que le réel est transparent alors que la recherche empirique le construit et le représente à partir de prénotions et arrêtons-nous seulement sur les changements constatables dans la façon de gouverner et dans l'exercice de la souveraineté. Ils sont tous liés, en vérité, aux transformations des modèles normatifs. La conception que la réalité, physique et sociale, est soumise à des principes essentiels, constants, nécessaires, en bref qu'elle est gouvernée par des lois, que celles-ci sont basées sur la généralité, l'abstraction, la répétitivité, la reproductibilité de la norme, a périclité. Les logiques de l'identité et de la réversibilité faisant l'économie du concret et de l'individualisation, ont laissé la place aux spécificités et aux particularités des sujets individuels, aux singularités des contextes socio-historiques. En plus, la notion de loi a beaucoup variée au cours des temps (la loi comme raison, la loi comme uniformité, la loi comme convention, loi comme relation symbolique), les propositions énonciatives formulant un rapport constant entre les faits se sont révélées des formules pour la prévision réduisant la validité à l'efficacité, à l'obtention d'anticipations. Pour cette raison l'explication ramenait le fait ou l'événement à une loi et la logique de la reproductibilité identitaire obligeait à suivre des procédures d'homogénéisation et d'égalisation. Ainsi les actions humaines étaient expliquées par une loi, celle fixée par la norme, impérative, obligatoire mais dépourvue de nécessité absolue. Expliquer et juger le pourquoi et le comment de tel ou tel autre comportement, le qualifier de légitime ou d'illégitime, de licite ou d'illicite, tout découlait de la norme élevée au rang de variable indépendante.

Aussi longtemps que l'on avait à faire à des « objets » stables et reproductibles, à la loi source de tous les systèmes normatifs, la compréhension et la gestion du monde sociale pouvaient être prises en charge par les modèles de rationalité fondés sur la déduction et sur l'induction. Or, cette approche a été bouleversée dans les sociétés du capitalisme industriel, conflictuelles et en rapides transformations. Ces sociétés nécessitent, en plus du contrôle social ordinaire, des normes de direction et de régulation de différentes espèces, normes qui démarquent mal les sources matérielles et les sources formelles et qui modifient la nature et les fonctions du système politico-juridique.

Friedrich von Hayek a analysé cette transformation et en a placé l'origine dans le « Welfare State ». Dans l'État libéral classique, il y avait uniquement des normes primaires, ou normes de conduite, alors que dans l'État social il y a une forte augmentation des normes secondaires, ou normes d'organisation. Bien que ces dernières soient fondamentalement des normes de conduite, l'État social, moyennant ces mêmes normes, fait faire et fait lui-même. Ces normes d'organisation règlent, en effet, l'action de tous les organes de l'État social, d'où la prépondérance, dans les sociétés contemporaines, du droit

administratif et du droit public en général sur le droit privé constitutif des sociétés d'antan.

Dans l'État libéral classique la loi était tutélaire et garante; dans l'État social, elle est promotionnelle, stimulatrice, incitatrice. De générale et abstraite, préétablie et impérative, la loi est devenue ainsi singulière, concrète, ponctuelle. Contrairement aux lois sanctions, les lois de l'État social visent à produire, moyennant directives, subventions, crédits facilités, exonérations d'impôts, exceptions, etc., des résultats programmés. Dans les sociétés contemporaines il est de plus en plus difficile de rapporter les relations et les interactions de la vie sociale à une loi ou à une règle de droit prédéterminées. En raison des innovations techniques et économiques ces sociétés évoluent sans cesse selon des dynamismes internes indiscernables et cumulatifs. Les normes juridiques, en cristallisant la vie sociale en devenir constant en des règles trop strictes, sont devenues elles-mêmes des sources de conflits. Les sociétés contemporaines, au consensus social émietté, toujours prêtes aux révoltes ou aux explosions de violence, s'accommodent mal au formalisme juridique. Le droit, dans nos sociétés, n'est plus l'unique garant de l'équilibre social ni le seul régulateur des rapports sociaux. Il doit coexister avec d'autres systèmes normatifs, économiques, scientifiques, religieux, pédagogiques ou autres, qui eux aussi fixent des règles, défendent leurs autonomies et essaient d'échapper à toute forme de hiérarchisation ou de subordination. Pour les systèmes normatifs non juridiques, le droit n'a qu'une validité statutaire puisque ses normes générales ne prennent pas en compte les particularités et les spécificités des situations et des contextes, n'arrivent plus à établir si une situation d'exception est donnée dans un contexte spécifique.

Pour avoir des solutions indispensables aux activités sociales, économiques, politiques ou religieuses, pour surmonter les conflits, la généralité, l'abstraction, la répétitivité, la reproductibilité ne suffisent plus. Là où le pouvoir et l'obéissance subissent des ébranlements constants, la loi n'est plus l'expression de la volonté générale du corps social, elle est rabaissée au rang de simple mesure réglementaire ou de procédé pour communiquer la volonté gouvernementale à propos de problèmes particuliers qu'il faut orienter ou contrôler. Nos sociétés ingouvernables et conflictuelles ont transformé la nature du pouvoir politique, lequel pour garantir sa légitimité doit reconnaître l'existence des sources normatives extra-législatives, voire même extra-étatiques. Au moment où le monopole de la production juridique du pouvoir législatif représentatif est ébranlé, l'activité créatrice des juristes et des juges augmente.

Très attentifs aux phénomènes sociaux, le juriste et le juge sont portés à suivre de près toutes les mutations sociales. L'image du juriste conservateur des règles données, dépositaire et gardien des lois, chargé d'interpréter le droit et de l'appliquer, a laissé la place à celle du juge appréciant les faits dont

les normes juridiques constituent des évaluations, s'efforçant de trouver les règles adéquates et idoines, appropriées, afin de résoudre des problèmes compliqués, aux implications sociales ou économiques complexes. Que le juge soit en train de modifier le blason de la légalité classique (gouverner ou juger), qu'il soit en train de devenir producteur actif de droit, de l'exercice de l'activité politique, c'est un fait évident. Il cherche les modèles normatifs tant dans les règles du système juridique établi que dans les rapports et les valeurs sociaux.

L'autre transformation importante est celle concernant les fonctions des modèles normatifs. Les fonctions répressives, basées sur les sanctions, font une place importante aux fonctions promotionnelles, aux normes techniques visant la prévision et l'anticipation. Le contrôle persuasif assuré par le conditionnement psychologique accompagne le contrôle contraignant. La réaction sociale précède le comportement ou l'événement et l'intervention-remède remplace l'intervention-prémonition. La prévention ancienne était de nature intimidatrice, la nouvelle utilise les sciences psychosociologiques pour empêcher l'élaboration et l'émergence des comportements non souhaités, pour gérer des situations singulières, concrètes, pour contrôler la production, la distribution et la consommation de biens rares et de ressources périssables. La place du droit comme organisation légitime de la force dans une société où l'ordre juridique fait d'abord de la promotion, offre des services, oriente la distribution des biens, où il ne se borne plus uniquement à protéger les individus et à garantir la circulation des biens et des richesses, une telle société où la déviance est effacée avant même son surgissement, où on décourage systématiquement les comportements déviants au profit des comportements souhaités, ne peut plus être caractérisée en tant que société de droit.

Les marques de cette transformation radicale de l'État libéral de droit en État social post-libéral sont: les moyens de contrainte effectivement à disposition sont réduits tandis que les possibilités de désobéissance, de résistance passive aux ordres, de contestation, d'opposition, de dissidence, de refus augmentent continûment. La pléthore des lois, des règlements et des directives, le chaos normatif, sapent la certitude du droit et en font un instrument politique pour assurer la stabilité et la continuité des rapports sociaux. Aujourd'hui on commande avec des lois, on administre avec des lois, on soumet toutes les décisions à des procédures de consultation réglementées et on accepte, le cas échéant, les oppositions et les contestations. Le droit en tant qu'expérience inquiétante située entre la certitude de la force et l'incertitude de la justice est devenu lui-même une source de conflits et source de la crise endémique des systèmes démocratiques.

Pour parer à ces difficultés, on a proposé de renoncer à l'identification du droit avec la loi, d'explorer d'autres formes de rationalité, de construire d'autres paradigmes, de prendre acte que les organisations administratives ont

des rôles politiques importants dans l'exécution et dans l'application des décisions touchant aux multiples aspects de la vie sociale, soit dans la sphère publique que dans la privée. D'autres modèles de rationalité pourraient mieux adapter les décisions aux situations concrètes et corriger ainsi les difficultés propres à la généralité, à l'abstraction, à la répétitivité, à la reproductibilité, à la rationalité galiléenne. Mais le recours sans contrôle au seul principe d'efficience ou de convenance ne risque-t-il de produire des méfaits tyranniques, inhumains, injustes

Si le droit doit ordonner la vie en commun des hommes, s'il doit rester l'instance commune aux diverses activités humaines, s'il doit continuer à être le moyen pour trouver une solution équitable aux conflits entre les diverses sphères des rapports sociaux, économiques ou politiques, alors il faut admettre que l'ancien modèle de la rationalité à la base de la loi est inadapté aux rapports sociaux d'aujourd'hui. Nos sociétés s'organisent, se désorganisent et se réorganisent sans cesse pour s'adapter aux circonstances, pour établir une certaine équité entre leurs membres, entre les générations, mais aussi pour s'approcher des idéaux qu'elles donnent à elles-mêmes. La loi n'est plus un ensemble de règles codifiées ou codifiables *hic et nunc*. Les conduites, les actions, les comportements ne sont plus maîtrisés par une application pure et simple des normes juridiques. Les interactions sociales transgressent aisément l'ensemble des normes juridiques et créent des conventions et de règles qui orientent les activités humaines et cela au moyen de la médiation, de l'arbitrage, de la conciliation.

La philosophie politique, pendant longtemps centrée sur l'ontologie, sur la gnoséologie et sur l'éthique, réserve dorénavant une place importante à la multiplicité des structures normatives, des énonciations sur des énonciations, en bref à la logique déontique. Certes, la source de la loi, formulée de façon générale et abstraite, est dans la Constitution, dans le domaine du *Sollen*, de l'univers non factuel, du monde suprasensible où l'imputation efface la causalité. Pourtant la loi et la souveraineté s'accommodent, peu à peu, aux sources extra-législatives et même extra-étatiques. Les Etats, soumis aux processus d'internationalisation de normes postulant l'existence de valeurs universelles, admettent que d'autres acteurs puissent élaborer des règles en fonction d'intérêts sectoriels et particuliers. Le monisme est abandonné et le pluralisme met en discussion les doctrines du normativisme, de l'institutionnalisme, du décisionnisme, du structuralisme et du fonctionnalisme. Plutôt que commenter, interpréter, déterminer la signification des règles incompatibles, floues ou lacunaires, de gloser sur les sources matérielles et formelles, on évalue alors les rapports sociaux et leurs contextes, on recherche à la fois les moyens pour les régler et les formulations pour les rendre plausibles.

La fonction du juriste a changé. Il n'est plus le dépositaire, le gardien, le transmetteur des règles, le conservateur des modèles normatifs. Il transforme,

intègre, donne des significations précises aux règles à l'aide des variables institutionnelles, sociales, culturelles, idéologiques. Avec des procédures de typification et d'indexation du sens dans le contexte de l'action, il élabore les critères d'appartenance et de non appartenance, d'inclusion et d'exclusion; il fixe même les frontières entre les groupes. En somme, la jurisprudence est de plus en plus proche de la « *verstehende Kulturwissenschaft* » théorisée par Gustav Radbruch.

Les juristes spécialistes du droit social sont à l'origine d'une production juridique intense, certes favorisée par les politiques publiques de programmation socio-économique et de planification industrielle. Le droit du travail a pris en charge les négociations collectives, les contrats de branches et de catégories dont les règles coiffent souvent les dispositifs de la loi. De même, les professionnels du droit économique, du droit commercial, du droit industriel, du droit des entreprises, s'efforcent d'ajuster le formalisme de ces disciplines aux transformations sociales en cours dans les sociétés à économie de marché. Même les civilistes, longtemps gardiens de l'autonomie du droit, créateurs de toutes les techniques utilisées communément et pendant longtemps par la communauté des juristes, participent à ce travail de renouvellement et transforment notamment des instituts tels le testament, le mariage, le divorce, la paternité, la filiation, etc. Ainsi le droit en adhérant davantage aux problèmes de la vie sociale, du développement, des transformations socio-économiques, est devenu parti intégrante de la politique, outil de gouvernement.

L'exemple paradigmatique est donné par le droit administratif et ses juridictions. Ayant pris la mesure des limites du raisonnement juridiques, les chercheurs ont mis en évidence les mécanismes de production du savoir juridique, comment il est produit et puis il est reproduit. Le droit est alors conçu en tant que « le système » de représentation de la société, du pouvoir, de l'autorité, de la politique. Le droit, système de représentations des valeurs sociales et des autorités hiérarchisées, attribue et distribue, en effet, le sens indispensable à l'exercice du pouvoir. Il est, pour ainsi dire, le conjugateur de la liberté et de la contrainte, il aide à gouverner. Le droit ne se réduit pas à la règle, ni même à son contenu, à son impérativité, à la contrainte, sa raison d'être se trouve dans le passage de la norme à la décision. Le travail des acteurs chargés de lier la norme générale abstraite au fait historique, au rapport social concret, effectif, est fondamental. Ces acteurs disposent d'un pouvoir dont l'exercice est imprévisible, voire subjectif et arbitraire là où il n'est pas discipliné par la loi et/ou là où il découle de notions juridiquement indéterminées, lacunaires, d'énoncés flous ou ambigus. Pour obtenir la liaison entre la norme générale abstraite et le cas individuel concret, pour appliquer la norme il faut tout d'abord l'interpréter. Or l'interprétation permet de réduire à l'unité la multiplicité des sens possibles, de « conférer une signification déterminée

[dotée de force contraignante] à la situation concrète qu'il faut juger ». Mode de production des significations, « Transmutation de la norme en décision » grâce à « un travail de rationalisation portant sur le cas concret à partir de notions figurant dans une proposition formulée en termes abstrait », le droit est une structure politique spécifique, une institution social-historique, à la fois théorique et pratique. Ce n'est pas la norme à le caractériser mais plutôt la norme et son application, lesquelles forment ensemble « un système dans lequel le texte normatif ne peut être "norme" que dans et par son application et l'acte d'autorité ne peut être "application" que dans et par le texte normatif auquel il se réfère », d'après Pierre Moor (*Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005).

Dans cette perspective le droit est « un système social, composé d'un *ensemble de textes normatifs* que produit et utilise un *ensemble d'acteurs* défini par ce système lui-même, aux fins d'émettre des actes dont la société reconnaît la nature impérative » et dont l'objectif est le maîtrise et la gestion des conflits, la pondération et la comparaison des facteurs individuels concrets en jeu. La légalité (respect de l'ordre public, tout acte doit se fonder sur la loi, traiter les situations semblables de manière semblable et les différentes en différente) et la prééminence de l'intérêt public sur l'intérêt privé jusqu'ici ont été réputés des principes constitutifs du droit de l'Etat de droit. Ces deux principes disposent d'une dimension micropolitique et d'une institutionnalisation socio-historique d'où découle la liberté d'appréciation indispensable à la légitimité démocratique.

L'application du droit est la modalité constitutive de l'exercice du pouvoir. Le droit est la forme légitime d'exercice du pouvoir de la démocratie, la manière principale pour produire des « actes de pouvoir dont la validité est subordonnée à leur intégration dans un ordre de signification qui, quoique dépassant les auteurs, est accompli par eux » ; « le droit est [...] une langue que la société se parle à elle-même pour être en mesure de dénoter ce qui se passe en elle. » Et l'analyse de cette langue est indispensable pour l'« appréhension complète de la consistance de l'Etat de droit. » L'herméneutique est une forme de pouvoir, un mode d'exercice du pouvoir mais également la modalité pour le saisir et le rationaliser.

« Usine » à fabriquer du sens, à le rendre plausible grâce à différentes formes de représentations, le droit contribue à rationaliser les comportements, à gérer les conflits, à étalonner la violence, à rendre la politique (choix entre des valeurs antagonistes) plausible et acceptable. Le droit est une forme de la politique dans les sociétés contemporaines, centré sur les situations, il est le soubassement de l'action politique et grâce à lui cette dernière continue à être un prescripteur de conduites.

Pendant longtemps le droit a été le garant de la paix social et de l'ordre économique et a été conçu et perçu comme un ensemble d'obligations et d'interdictions corroborées par des contraintes et des coercitions. Dans les sociétés contemporaines les Etats interviennent dans les processus de production et de distribution des richesses. En plus du contrôle social et de la répression, ils doivent assurer des fonctions de direction et de promotion. Dès lors il a fallu compléter les sanctions négatives (la peine, le dédommagement, etc.) avec des sanctions positives (primes, incitations, conseils, exhortations, commandements).

Pour rendre compte de la réalité sociale, de la transformations des rapports sociaux, de la croissance de l'État social, des privatisations et de bien d'autres phénomènes sociaux, on doit recourir aux facteurs extra juridiques, lesquels constituent les matériaux (contextualités) informatifs primaires indispensables à la mise en forme des énoncés narratifs à la base des performances interprétatives et puis des synthèses prénormatives ou quasi-normatives. Pour cette raison, les jugements sont toujours plus proches de l'équité, de l'expérience sociale, du contexte historique que de la jurisprudence traditionnelle.

Or les notions de pouvoir et de gouverner forment des prédicats si universellement vagues qu'il est possible d'y inclure toutes les relations sociales dissymétriques, de n'importe quel type et de n'importe quelle nature. La politique, le pouvoir et l'Etat dans la société globalisée ne constituent pas des entités physiques, ils se trouvent partout, d'où « la part de liberté dont jouit, à quelques niveau que ce soit, n'importe quelle instance étatique, dès lors qu'elle est dotée d'un pouvoir qu'elle peut faire peser sur 'ses administrés'. L'exercice concret de la puissance publique, dans quelques situations que ce soit, est la manifestation d'un pouvoir politique et requiert à ce titre une légitimation pour être acceptable et, dans la mesure du possible, accepté. »

Puisque les propositions normatives établissent comment il faut et l'on doit agir en des circonstances données, puisqu'elles visent des comportements possibles et probables et jamais des comportements effectifs et réels, les actes du gouvernement se déploient grâce aux interprétations qu'on en donne. Aucune politique ne peut s'imposer sans leur aide. Les modèles normatifs garantissent, d'une autre manière, l'exercice de l'activité politique et de gouverner en conformité avec les mécanismes propres aux systèmes démocratiques.

Les normes n'ont pas perdu leur importance, ont été transformées. La statistique y a contribué mais son rôle reste subalterne. Les gouvernements continuent à gouverner en s'appuyant sur le sens et les rationalisations attribués par les juges.

Prof. Giovanni Busino